210 b
Jurom. m. 210 b 1843
3693/72
1

Die Lehre
von der
unvordenklichen Zeit.

Eine von der Juristen-Fakultät zu Heidelberg gekrönte Preisschrift.

Von

Dr. Alexander Friedländer.

I.

Marburg,
N. G. Elwert's akademische Buchhandlung.
1843.

Die Lehre

von der

unvordenklichen Zeit.

Eine von der Juristen-Fakultät zu Heidelberg gekrönte Preisschrift.

Von

Alexander Friedländer,
beider Rechte Doctor.

In magnis satis est voluisse!
Horat.

Marburg,
Akademische Buchhandlung von N. G. Elwert.

1843.

Die Lehre

von der

unvordenklichen Zeit.

Von

Dr. Alexander Friedländer.

Erster Theil.

Dogmengeschichte und Römisches Recht.

Marburg,
Akademische Buchhandlung von N. G. Elwert.

1843.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Sr. Excellenz,

Herrn Justin Thimotheus Balth.

Freiherrn von Linde,

beider Rechte und der Philosophie Doktor,
Großh. Heß. Geheimen Staatsrathe im Ministerium des Innern und der Justiz, Kanzler der Universität zu Gießen und Director des Oberstudienraths zu Darmstadt, Commandeur des Großherzl. Heß. Ludwigordens II. Classe und Ritter des Kaiserl. Königl. Oesterreich. Leopoldordens,

Seinem hochverehrten Landsmanne.

Sr. Wohlgeboren,

dem Herrn

Eduard Zachariä,

beider Rechte Doctor, Professor der Rechte an der Universität zu Heidelberg, der archäologischen Gesellschaft zu Rom correspondirendem Mitgliede,

Seinem innigverehrten Lehrer und Freunde.

Aus wahrer Hochachtung und Liebe

der Verfasser.

Vorwort.

Die vorliegende Arbeit war nach den Statuten der krönenden Fakultät ursprünglich in lateinischer Sprache geschrieben. Viele Gründe indessen, besonders das, namentlich bei einer solchen Abhandlung, Beengende der lateinischen Diction, bestimmten mich bei Umarbeitung derselben für die Muttersprache.

Hauptzweck dieser Schrift war: nach geschichtlicher Entwickelung der bisher aufgestellten Theorieen über die unvordenkliche Zeit, diese so strittige Materie des Civilrechts auf ein im Römischen, canonischen und Deutschen Rechte gleiches und consequentes Prinzip zurückzuführen. Um zu wissen, was diese Lehre werden sollte, mußte ich nothwendig untersuchen, was sie, seit wir eine juristische Literatur kennen, gewesen ist. Dazu aber genügte, bei dem Chaos der Ansichten, nicht das Anführen einer oder der andern juristischen Autorität; es mußten vielmehr möglichst alle, welche über diesen Gegenstand geschrieben, mit in unsern Kreis gezogen werden. Hier aber trat mir die Schwierigkeit der Behandlungsweise hemmend entgegen. Das sich durch alle Zeiträume ziehende Schwanken und Wechseln der Ansichten, das, möcht' ich fast sagen, willkürliche Spielen mit den widersprechendsten Behauptungen, die Inconsequenz selbst berühmter Männer in der positiven Begründung ihrer Aussprüche, die verwirrende Beimischung so

vieles Fremdartigen: — dies war es, woran ein erster Versuch, die Schriftsteller jedes einzelnen Zeitabschnitts nach dem von ihnen befolgten Prinzip zu classificiren, scheiterte. Da nun ferner durch eine Kritik der Auffassungs- und Darstellungsweise der einzelnen Juristen, wegen der Masse derselben, das Schriftchen zu einem seine Grenzen überschreitenden Werke angeschwollen wäre: so habe ich es versucht, von einem jeder einzelnen Periode vorauszuschickenden allgemeinen Gesichtspunkt aus die Schicksale unserer Lehre — mit steter Rücksicht auf eine leitende Grundansicht — bis auf die gegenwärtige Zeit zu verfolgen und nachzuweisen. Aus dem Gewirre der Meinungen suchte ich sodann die zu allen Zeiten mehr oder minder vorherrschenden, in Theorie und Praxis einflußreich gewordenen Hauptansichten hervorzuheben und zu prüfen. Die sich als richtig herausstellende Ansicht auch quellenmäßig zu erhärten, war die Aufgabe der dogmatischen Entwickelung, bei der ich mich daher einestheils mit Ausscheidung der Mißverständnisse und unrichtigen Auffassungen der positiven Bestimmungen, anderntheils und vorzüglich aber mit Beleuchtung der vorschwebenden Grundidee befasste. Auf diese Weise war ich in den Stand gesetzt, viele müssigen Fragen unserer Lehre als solche unberücksichtigt lassen, andere aber als durch gehörige Begründung des aufgestellten Prinzips sich von selbst erledigend voraussetzen zu können.

Wohl fühle ich, daß es dieser Arbeit noch an einer durchgängig organischen Einheit fehlt. Auf nachsichtige Beurtheilung glaube ich dennoch Anspruch machen zu können, weil die Darstellung einer so verwickelten Disciplin, dazu noch als erster schriftstellerischer Versuch eines angehenden Juristen, der Schwierigkeiten gewiß viele hat.

Geschrieben Brilon im Dezember 1841.

Der Verfasser.

Erste Abtheilung.

Dogmengeschichte.

Erste Abtheilung.

Dogmengeschichte.

Erste Periode.

Die transalpinische Jurisprudenz bis zum sechszehnten Jahrhundert.

A. Die Schule der Glossatoren.

I. Die Glossatoren des Röm. Rechts suchten bei ihrem streng grammatischen und scholastischen Festhalten an dem Buchstaben der Gesetze, die Bestimmungen des Röm. Rechts über die unvordenkliche Zeit meist durch erklärende Umschreibungen klar zu machen. So viel aus letzteren hervorgeht, schwebte ihnen schon die Idee vor, daß die unvordenkliche Zeit eine Absonderlichkeit des Rechts sei, deren Natur man nicht aus andern ähnlichen Rechtsinstituten, namentlich nicht aus der nur scheinbar mit ihr in Berührung stehenden Lehre von der Verjährung erkennen könne. In der Ausführung dieser Idee aber stießen sie, bei den so dürftigen Quellen, auf Schwierigkeiten, die bis auf die neueste Zeit herab noch geblieben sind und denen sie um so weniger abhelfen konnten, als es erst der neueren ausgebildeteren Jurisprudenz vorbehalten war, viele andere, die Begründung jenes Rechtsinstituts vorbereitende Streitpunkte zu erledigen. Wir finden daher in der Glosse des

R. R. kein durchgreifendes Prinzip über die unvordenkliche Zeit, sondern ein unbegründetes Aufstellen von verschiedenen Ansichten, die sich mehr oder minder durch fast alle folgende Perioden ziehen und in die Lehre selbst, statt sie zu verdeutlichen, unendliche Verwirrung gebracht haben. Namentlich leitete man aus der Aeußerung der:

gl. ad fr. 14 de servitt. verbo certam, wo es heißt: servitus, quae habet *causam discontinuam* non potest quaeri per longum tempus, sed illa, quae habet *causam continuam*

und aus glossa quaesisti in l. 2. C de serv. den für die Theorie und Praxis wichtig gewordenen Satz ab, daß continuirliche Servituten durch longum tempus, discontinuirliche aber nur durch tempus immemoriale erworben werden könnten [1]).

Außerdem finden wir in der Glosse noch folgende Ansichten:

gl. ad fr. 1 § 8 de aqua et aq. pluv. (XXXIX. 3) *consuetudo*, cujus memoria non exstat, habet *vim constitutionis et juri derogat.*

gl. ad fr. 26 eod.:

jus i. e. *titulus*, constitutio; sed temporis diuturnitate *praesumitur.*

gl. ad fr. 10 si servitus, verbo *forte tot*, um mit dieser Stelle die Hauptstelle des Röm. Rechts über das tempus immemoriale, l. 3 § 4 de aq. quot. et aest. (XLIII. 20) zu vereinigen, sagt: l. 3 § 4 loqui *de aqua, quae ex publico*, fr. 10 *de aqua, quae ex fundo privato.*

Ausführlicher und in gewisser Beziehung consequenter waren die Glossatoren in der Entwickelung des prozessuali-

---

1) Man vergl. hierüber Glück Commentar. Th. IX S. 126. v. Savigny System des heut. R. R. Bd. IV § 197.

stisch-praktischen Theils, namentlich des Beweises der unv. Zeit. Man vergleiche unter Anderem:

gl. ad fr. 2 § 8 de aq. et aq. pluv. (additio ad idem fr.)

gl. ad fr. 28 de probatt.

II. Abweichend von den Ansichten der Glossatoren des R. R. sind die der Glossatoren des canonischen Rechts, eine natürliche Folge davon, daß die Quellen beider Rechte in den Fällen der Anwendung der unvord. Zeit divergiren. Die Gesetze des can. Rechts nämlich sind, wie so vielfach [1]), so auch hier [2]), eine Quelle des einheimischen Rechts [3]) und erstrecken sich nicht blos über singuläre Verhältnisse der Kirchengewalt und Administration, wie z. B. jus personatus, decimarum perceptio etc., sondern auch auf eigenthümlich deutsche Verhältnisse, z. B. Regalien. Durch diese ausgedehnte Wirksamkeit der unvordenkl. Zeit war den Glossatoren ein weites Feld zur Bearbeitung eröffnet, und sie haben auch, namentlich in Bezug auf das Beweisthema bei der unvordenkl. Zeit, einen entschiedene Einfluß auf die Praxis der Folgezeit ausgeübt. Von dem in dem canon. Rechte deutlich ausgesprochenen Prinzip, daß die unvordenkl. Zeit dieselbe Kraft habe, wie ein privilegium ab imperatore oder eine dispensatio a papa concessa, wichen sie aber ab und zersplitterten sich in verschiedenen Meinungen, die theils auf den Aussprüchen der Glossatoren des R. R., theils auf falscher Interpretation der Stellen des can. Rechts, namentlich des oben cit. c. 1 de praescr. in

1) Mittermaier deutsches Privatrecht Th II. §. 15 not. 11.

2) Die wichtigsten Gesetze des can. Rechts über die unv. Zeit sind: c. 1 de praescriptt. in VI (II 13); c. 26 ex de verb. sign. (V 40); c. 1 de consuet. in VI (I. 4).

3) C. S. Zachariae in seinen Vorlesungen über Kirchenrecht und deutsches Staatsrecht.

VI fußten. Eine Hauptansicht derselben war die, daß die unvordenkliche Zeit eine wahre Verjährung sei. Daher finden wir auch bei ihnen zuerst die Bezeichnung *praescriptio immemorialis*, trotzdem das can. Recht sich stets der Ausdrücke: probatio tanti temporis, cujus contrarii memoria non existit; consuetudo antiqua, diu obtenta bediente.

gl. ad cap. 1 de praescript. in VI.

In praescriptionibus sufficit bona fides,

1 ubi jus commune

2 vel praesumtio

non est contra praescribentem, alias debet allegari titulus et probari, nisi sit *praescriptio immemorialis*.

Aus dieser Ansicht entsprang neben manchen andern Ungereimtheiten auch das durch die folgenden Jahrhunderte noch dauernde Gestreite über die Frage, ob zur praescriptio imm. auch bona fides erforderlich sei, und die Behauptung einiger Glossatoren, die praescriptio immemorialis stehe der praescr. centum annorum gleich;

gl. ad cap. 1 cit.

während andere für sie einen geringeren Zeitraum, als 100 Jahre angeben,

gl. ad cap. auditis, verbo centum ex de praescriptt.

Andere Ansichten der Glossatoren sind uns aufbewahrt in:

gl. ad c. 26 ex d. verb. sign.

nota diligenter, quod *illa consuetudo*, cujus non extstat memoria, *jus sive privilegium* inducat.

Dieselbe Glosse fährt, das Röm. Recht allegirend, so fort:

et per hoc videtur, quod cum talis consuetudo jus inducat, non sit necesse, titulum allegare, licet hoc requiratur quandoque in praescriptione triginta annorum.

Aehnliche Aeußerungen befinden sich in:

gl. ad cap. cum contingat, ex de foro compet.

gl. ad cap. super quibusdam, verbo, non obstat ex de verb. sign.

Das Erheblichste über die Lehre vom Beweise der unvord. Zeit enthält die mehrfach erwähnte Glosse zum c. 1 de praescriptt.

B. Die Commentatoren.

Wie sich die Nachfolger der Glossatoren, die sogenannten Commentatoren, in ihrer Exegese überhaupt nicht unmittelbar mit den Quellen beschäftigten, sondern sich meistens an die Arbeiten ihrer Vorgänger hielten, so auch in dieser Lehre. Es ist daher nicht zu verwundern, wenn ihre Commentationen nicht nur kein Licht über diese Rechtsmaterie verbreiteten, sondern die schon vorhandene Verwirrung noch vermehrten.

Im Zweifel, ob sie der Glosse des Röm. oder can. Rechts beipflichten sollten, und nicht im Stande, sich ein selbstständiges Prinzip für die unvordenkliche Zeit zu bilden, verfielen sie in das undankbare Streben, aus den verschiedenen Prämissen der Glossatoren beider Rechte die verschiedenen Consequenzen zu ziehen, die natürlich in dem Maße falsch waren, als es jene selbst waren. Und eben durch diese Schlußfolgerungen regten sie immer mehr Streitpunkte an, die selbst in den folgenden Perioden die Hauptsache in den Hintergrund drängten. Das ist aber auch das einzige Neue, was sie in dieser Lehre geschaffen haben, denn auch ihre Ansichten über den Beweis der unvord. Zeit sind Nichts, als eine breite Wiederholung der Aeußerungen der Glosse.

Guilhelmus Durandus (1237—1296) behandelt bei Gelegenheit eines Streites zwischen einer Pfarrei und einem Kloster über die Erhebung der Zehnten von agris novali-

bus die Frage über den Beweis der unvord. Zeit ganz nach den Ansichten der Glossat. des can. Rechts in seinem speculum juris lib. II. pars II. pag. 266 seq. de probatt.

Bartolus a Saxoferato (1319—1359) leitet aus der Ansicht der Glosse, das tempus imm. sei eine Art von praescriptio, folgenden theoretisch unhaltbaren und praktisch unwichtigen Satz ab:

in l. cum de in rem verso col. 2 D. de usuris: quod ex praescriptione tanti temporis, cujus contrarii memoria non existit, quaeritur *non solum utile, sed etiam directum dominium.*

Ueber den von der Glosse angeregten, oben erwähnten Unterschied zwischen servitutes continuae und discontinuae hat er folgende Bemerkung:

in l. 1 § ult. de aq. et aq. pluv.
dicit glossa, verum est, ut quum ex solo tempore nititur, requiritur causa continua, ad hoc, ut quis longo tempore praescribat, sed si non nititur ex solo tempore, sed ex titulo, tum probando de longo tempore probat acquisiisse servitutem, utibi licet causam habeat continuam.

Ueber testimonium de auditu alieno, so wie überhaupt über den Beweis der unv. Zeit discurrirt er weitläufig
in l. 2 de aq. et aq. pluv.

Baldus de Ubaldis (1319—1400). Außer einer ausführlichen, mit Rücksicht auf l. 28 D. de probatt. angestellten Betrachtung über den Beweis der unv. Zeit ist etwa anzuführen

in l. vis ejus C. de probatt.

quod *possessio a jure damnata* non juvet possessorem, nisi probet *privilegium* vel *titulum* vel *possessionem* tanti temporis, cujus contraria memoria non exstat. und:

consilia lib. 1 cons. 352 n. 3.
wo er nachzuweisen sucht, daß zum temp. imm. bona fides nicht erforderlich sei.

Seinen Ansichten pflichtet ganz bei:

Bartolus a Salicetis (1324--1400).

Die Begriffsverwirrung dieser Zeit tritt am schärfsten hervor bei:

Paulus de Castro († 1436), welcher die verschiedenartigsten Behauptungen und Irrthümer der Glosse und seiner Vorgänger sich zu Eigen gemacht; weshalb er dann auch auf manche diesen entgangene Bedenklichkeit stieß.

Während er in l. si certis annis C. de pactis sich zuerst dahin ausspricht:

> quod ex possessione vel quasi possessione tanti temporis, cujus initii non exstat memoria, *indistincte praesumitur titulus*, etiamsi non allegetur

und daran die Behauptung reiht:

> *praesumtio* resultans ex spatio tanti temporis, cujus initii memoria non exstat, dicitur *juris et de jure*; adeo quod non recipit probationem ad oppositum, licet admittatur probatio, quod non sit lapsum tantum tempus,

stimmt er in derselben Stelle zugleich der oben angeführten Meinung des *Bartolus* bei und verfällt (pag. 129 et 354) in die Verkehrtheit, das temp. imm. der praescr. centenariae gleichzustellen.

In ähnlicher Weise behauptet er (pag. 472 u. 73):

> licet loca publica et juris gentium non praescribantur decem viginti vel triginta annis, praescriptione tamen tanti temporis, cujus initii memoria non exstat, praescribuntur;

und dann erzählend,

> Venetos tanto tempore golfum maris praescripsisse

schließt er:

et sic dicta praescriptio est contra jus commune, ergo requiritur tantum tempus, cujus initii memoria non exstat.

Im grellsten Widerspruch hiemit steht seine kurz darauf (S. 474) gemachte Aeußerung:

non praescriptibile non efficitur praescriptibile tanto tempore, cujus initii, etc., sed tanto tempore praesumitur causa vel titulus, qui debet allegari *et in eo fieri fundamentum*. Et ad ipsum praesumtive probandum est probandum dictum tempus, sed non est dicendum, *quod ipsum tempus inducat praescriptionem et faciat rem praescriptibilem, quae non est.*

Pag. 477 endlich lesen wir:

tantum tempus habet vim consuetudinis et juris constituti. —

Fast dasselbe ist dargelegt von:

Johannes ab Imola († 1408).

Gleichmäßiger, fast nur im Geiste des can. R. und seiner Glossatoren behandelt diese Lehre:

Jason Maynus († 1519).

Nach ihm hat die praescr. imm. (in l. de quibus, col. 13 D. de legg.) *vim privilegii expresse concessi a principe*, und darauf stützt sich auch sein Ausspruch

in l. 15 de adquir. haered.

per praescriptionem tanti temporis, cujus etc., possunt praescribi ea, quae alias sua natura non sunt praescriptibilia, uti jura reservata imperatori vel papae, in signum privilegii specialis, ut sunt: vectigalia, legitimare spurios, restituere famae. — Quum praescriptio erit perfecta et completa, praesertim tanto tempore, cujus etc., tunc praesumitur, usque retro fuisse non subditus, sed exemtus, sicut ex praescriptione 30 annorum completa praesumitur quis usque retro semper fuisse bonae fidei.

Aus seinen Consilien sind hervorzuheben:

Vol. II cons. 7 nro. 7
» 34 » 10
» 37 » 3
» 123 » 2
» 163 » 11
» 208
» 209.

in denen er sich oft des Ausdrucks bedient: per tempus ultra 120 annos et sic per tempus, cujus etc. und auch die Frage, ob contra praescr. imm. restitutio in integrum zulässig sei, verneint.

Aus dem *tractatus tractatuum* ist nur die im 17. Bande fol. 143 befindliche Abhandlung:

Aymonis Gravettae de antiquitate temporum

zu erwähnen, die außer einigen Andeutungen über den Beweis der unv. Zeit und der Aeußerung:

ex tempore immemoriali titulus non praesumitur de jure, *sed fingitur a lege*,

nichts von den bisher angeführten Ansichten Abweichendes enthält.

Zweite Periode.

Die Jurisprudenz des sechszehnten und siebenzehnten Jahrhunderts.

Das Wichtigste, was in diesem Zeitraum über die unvordenkliche Zeit geschrieben ist, befindet sich vorzüglich in den Schriften der deutschen Praktiker, welche die Entschei-

dungen der Reichsgerichte, der höheren Landesgerichte und der Juristenfakultäten, unter dem Namen **consilia, consultationes, decisiones, responsa**, gesammelt haben. So viel aus denselben hervorgeht, spielte die unvordenkliche Zeit damals, vorzüglich im öffentlichen Recht, eine sehr bedeutende Rolle; eine Erscheinung, die sich leicht erklärt, wenn wir einen Blick auf den Rechtszustand und die Geschichte jener Zeit überhaupt werfen. In Folge der Religionstrennung hatten die Reichsstände gegen den Kaiser eine selbstständigere Stellung gewonnen. Die Gewalt des letzteren war durch das Herkommen — **observantia imperii** — und die Reichsgesetze in bestimmte Grenzen eingeschlossen, und wo beide nicht für ein Ausschließungsrecht des Kaisers waren, galt der Grundsatz, daß der Landesherr in seinem Territorium die Rechte des Kaisers habe. Als sogenannte Reservatrechte blieben diesem nur die ausschließliche Ertheilung gewisser Privilegien, vorzüglich des Zoll-, Münz- und Stapelrechts und mancher anderen hoheitlichen Rechte, vorzüglich der nutzbaren kaiserlichen Regalien. Die Landesherren durften diese Rechte nur kraft kaiserlicher Verleihung ansprechen und wo diese mangelte, begaben sie sich unter den Schutz „uralten Herkommens, Herkommens über Menschen Gedächtniß." Namentlich konnte das Recht, Steuern zu erheben, als ein Ausfluß der Landeshoheit, so wie persönliche Steuerfreiheit und **forum exemtum** der einzelnen Stände nur auf die eben bezeichnete zwiefache Weise erlangt werden. Auch die Reichsritterschaft gründete ihre Unmittelbarkeit, Exemtion von der Landeshoheit und ihre übrige Gerechtsame auf die Verordnungen der Reichstage oder auf unvordenkliches Herkommen, welches letztere in ähnlicher Weise für die Autonomie der Städte und die Dienstverhältnisse der Bauern maßgebend war.

Wo nun solche Verhältnisse zur Sprache kamen, hielten sich die Juristen an das canonische Recht, dessen Blüthezeit ohnehin der Zeitraum von Cujacius bis Thomasius war, und an die Reichsgesetze, namentlich die goldene Bulle, die Reichsabschiede von 1548, 1576 und an die Bestimmungen des Westphälischen Friedensschlusses. Außer Cujacius und wenigen Anderen dachte fast Niemand daran, die Stellen des Röm. Rechts über die unvord. Zeit in Erwägung zu ziehen. —

Unter den verschiedenen sich durchkreuzenden Ansichten der Vorzeit sind aber vorzüglich zwei, welche in diesem Zeitraum prävalirt zu haben scheinen, nämlich *praescriptione temporis immemorialis probata censetur etiam dominium probatum* und *tempus immem. habet vim privilegii et concessionis etiam in his, quae principi sunt reservata.* Für letztere Ansicht gelten daher die so oft wiederkehrenden Bezeichnungen des tempus immem. durch „*consuetudo immemorialis, usus immem., observantia longaeva, immem.*" — Theils die noch vielfach angenommene Ansicht, das temp. imm. sei eine Art von Verjährung, theils die Natur der zu entscheidenden Fälle rief die Fragen, ob praescriptio imm. auch bei rebus merae facultatis und contra leges prohibitivas wirke, in's Leben und diese Punkte nehmen einen großen Theil der schriftlichen Verhandlungen weg und hemmten einen freien Ueberblick über diese Lehre.

An der Spitze dieser Periode steht:

Carolus Molinaeus (1500—1566) *Opera omnia.*

Tom. I pag. 338 Antiquitas in materia probationum duo operatur. Primum facit praesumi *solennitatem requisitam intervenisse*, quamvis non appareat et omnia praesumi solenniter acta. Secundum *probatio-*

nem minus perfectam supplet, non autem eam, quae nulla est, de novo inducit.

Dies tempus antiquum, fährt er dann fort, könne nicht a jure determinari. Desungeachtet aber verwechselt er es tom. III cons. 26 nro. 24 mit der hundertjährigen Verjährung; als eigentlichen Grund desselben gibt er tom. eod. cons. 25 nro. 28 an:

habet vim tituli non hominis, sed legis. — — nunquam censetur exclusa etiam per legem prohibitivam nec per quaecunque verba universalia, quamcunque praescriptionem excludentia.

Es bedarf wohl nur einer Andeutung, welche Widersprüche in diesem einzigen Satze liegen!

Joach. Mynsinger (1517—1588).

Die in der Einleitung zu dieser Periode angeführten Ansichten sind auch bei ihm ausgesprochen in seinen:

Singulae observ. camerales, cent. 1 obs. 30,

wo sich auch eine Entwickelung der Lehre vom Beweise der unv. Zeit nach den Regeln der Glosse des can. Rechts befindet.

Anzuführen sind noch

Cent. 4. obs. 24. 53.

5 » 29.

Jacobus Cujacius (1522—1590).

Obgleich dieser große Jurist auch in dieser Lehre sich von den Irrthümern seiner Zeit losmachte und eine eines solchen Geistes würdige Interpretation der Stellen des Röm. Rechts gegeben hat, so ist doch ein gewisses Schwanken in dem Begriffe der unvordenklichen Zeit auch bei ihm noch sichtbar. Außerdem nahm er tempus immemoriale als gleichbedeutend mit vetustas.

Was er von der unv. Zeit hielt, zeigt uns, außer seinen Untersuchungen in:

tom. VI pag. 39

tom. VII pag. 397
» X » 738

vorzüglich seine Aeußerung in

tom. 1 pag. 1118,

wo es heißt:

Aquaeductus auctoritatem dat non tantum diuturnus usus, sed vetustas i. e. infinita memoria. Et consuetudo igitur longi temporis et vetustas vicem jure constitutae servitutis obtinet, sed vetustas etiam vim legis obtinet.

Daneben aber stoßen wir in tom. V pag. 661 seq., wo die Rede ist von actio aquae pluv. arc., noch auf folgendes Princip:

vetustas est pro jure, titulo, causa, possessione justa. —

Andreas Gaill (1526—1586)

ist, so zu sagen, der Tonangeber unter den Praktikern dieses Zeitraums. Seine Nachfolger berufen sich wiederholentlich auf die von ihm aufgestellten praktischen Resultate, die sie auch auf analoge Fälle anwenden. Die Autorität, in der er bei seinen praktischen Zeitgenossen stand, mochten ihn auch wohl zu der Behauptung verleiten:

Decisiones cam. lib. II pag. 7

praescriptione temporis immemorialis probata censetur etiam dominium probatum taleque tempus vim privilegii et consessionis, etiam in his, quae principi sunt reservata, habet; *et haec est communis opinio doctorum.*

In diesen Decisionen finden wir bestätigt, was in der Einleitung zu dieser Periode gesagt ist; so ist z. B. lib. I. pag. 12 von der Anwendung des tempus immem. auf *servitia a subditis extorsa*, lib. II. pag. 84, 94, 75 etc. auf den usus imperii (Reichsbarkeit) und andere Rechte;

in den *practicae observationes* des Kammergerichts zu Speyer vom Einfluß der unv. Zeit auf exemtio a jurisdictione, matriculo et sessione (Lib. 1 pag. 73) die Rede.

In seinen practicae observatt. lib. II obs. 66 sagt Gaill:

jus venandi, qua servitus discontinua, acquiritur tempore immemoriali.

Einige Bemerkungen über den Beweis finden sich in den cit. observ. des Gerichts zu Speyer addit. ad obs. 21.

Matthaeus Wesenbeck (1531—86)

liefert den Beweis, welche Verlegenheit in der Lehre von dem tempus imm. damals herrschte. Er spricht über sie in seinem *commentarius juris* gelegentlich bei seinen Erläuterungen zum 8. Buch des Cod. Just. über die Präscriptionen folgendermaßen:

huc etiam referatur — quamquam dubitari solet, utrum hoc an non potius genere privilegii contineatur — praescriptio temporis immemorialis, quae obtinet in alienationibus rerum principis, ecclesiae et civitatum; nec enim minore tempore haec praescribi possunt.

In seinen consilia (Pars I p. 208—236 — 242—686. P. III p. 173 495. 1113. P. IV p. 477. P. VII p. 1357 1395) schließt er sich, was die Fälle der Anwendung und den Beweis betrifft, an Gaill's Meinung und gründet z. B. unter Anderem das jus pascendi, als servitus discontinua, ferner die regalia und feuda, auf unvordenkliche Zeit.

Jacobus Menochius (1532—1607) gibt in seinen consilia (cons. 437, 701. 1050. 1092) ein Gemisch von angenommenen Meinungen seiner Vorgänger. —

Ebenso:

Andreas Tiraquelli in seinem:

tractatus de praescriptionibus, wo er pag. 39 das temp. imm. eine *fama diuturna* nennt.

Antonius Faber (1557—1624).

stellt in seinem codex definitionum lib. IV tit. 4. def. 41 und lib. VII tit 13 def. 2 einen Vergleich zwischen praescr. centum annorum und praescr. imm. an, welche letztere der bona fides nicht bedürfe, durch mala fides interveniens, cujus memoria exstet, erstinguirt werde.

Udalricus Zasius († 1627)

liefert in seinen consilia feudalia nichts vor dem bisher Angeführten Auszuzeichnendes.

Arminius Vultejus (1555—1634)

berührt in seinen Consilien, außer den gewöhnlichen Streitpunkten, die Frage über Präscription der praestationes annuae durch praescr. immem.; wobei er sich auf Martinus glossator und dessen »asseclae« beruft. (Cons. Marpurgensia vol. IV c. 56 u. 290). Nach einer gedrängten Zusammenfassung der von *Molinaeus* bis auf seine Zeit hergebrachten Meinungen, schließt er vol. 1 c. 9:

nam et vim publici solennisque instrumenti habet praescriptio immemorialis.

Arnoldus Vinnius (1588—1657).

Aus dessen *selectarum juris quaestionum libri duo* (Roterodami 1685) ist folgende Aeußerung zu merken:

pag. 148. porro decem annorum usu, qui pro possessione est, omnes servitutes adquiruntur; generalis est enim definitio l. 10 D si serv. vind. l. 1 in f de aq. et aq. Ac proinde rejiciendum est discrimen inter servitutes continuas et discontinuas, quasi illae 10 annis, hae nonnisi tempore immemoriali praescribantur.

Casparus Klockius (1583—1655)

Seine *relationes camerales* sind reich an Beispielen.

Wir lesen dort unter Anderm rel. 65, daß der clerus Wormatiensis jus suum, ad moenia urbis usque ad plateam quandam domus exstruere, auf praescr. imm. gründe; ferner cons. 72, daß contra electorem Trevirensem libertas cum imperio, jurisdictio, tempore imm. präscribirt werde, daß ein pagus vel communitas pascua sua durch unvord. Zeit schütze. rel. 131. — Aehnlich in seinen

Consilia tom. 1 p. 579. immunitas a collectis temp. imm. adquiritur.

„ „ 311 an civitas Bremensium coram episcopo judicio stare vellet nec ne, ab eo pendet, an ex temp. imm. ejus ditionis fuerit.

tom. II pag. 459 emphyteusis ecclesiastica per praescriptionem imm. etiam ad heredes extraneos, quamvis hi non sint haeredes primi investiti, transire potest.

Wie hoch er das tempus immem. stellt, geht aus folgenden Stellen hervor:

Tom. I. p. 276 praescr. enim vel consuetudo immemorialis tollit *juris resistentiam*.

Tom. II. p. 459 et pr. imm. *tamquam lex* inviolabiliter est observanda.

Sonst sind seine Ansichten denen der schon erwähnten Praktiker gleich.

Wolfgang Adam Lauterbach (1618—1678) stellt, nach einer Rüge vieler juristischen Absurditäten in dieser Lehre, in seinem *collegium theoretico—practicum*, pars III lib. 41. tit. 3, folgende Theorie auf: tale enim tempus habet vim constituti, contractus, legis, privilegii et juris plenissimi, ut nec tituli allegatio necessaria sit. Praescribuntur ea servitutes discontinuae, jurisdictio,

vectigalia, pedagia aliaque regalia et jura alias impraescriptibilia.

In die von Lauterbach gerügten Fehler verfiel aber schon wieder:

Georg Adam Struve (1619—1692)

in seinen *syntagmata juris civilis*, wo er sich exerc. 43 th. 23 so ausdrückt:

praescriptio imm. est, in qua nulla fides, nullus titulus, nulla rei (commercio tamen subjectae) qualitas attenditur, sed tantum rem vel jus esse neglectum, tanto tempore, cujus in contrarium memoria non extat. Sub ista comprehenditur quoque centenaria. Tempus enim 100 annorum civiliter est infinitum, quia hominis memoriam excedit. Mala fides ei resistit. Necessaria est haec, ubi nulla praecedentium praescriptionum sufficit.

Joh. Friedr. Schmidt

Consilia Argentoratensia. Argentorati 1629.

Die Beispiele sind die gewöhnlichen dieses Zeitraums; zu erwähnen ist nur:

vol. I. cons. 2: praescriptio juris publici ad publicum praejudicium requirit tempus immemoriale.

vol. IX cons. 67: nulla, etiam immemorialis, praescriptio, cui lex resistit, valere potest.

Simon van Leeuwen (1627—1682)

spricht in seiner censura forensis lib. 1. c. 10. n. 10 u. 22 vom jus cudendi monetas, habendi armentaria publica, als Gegenstand des temp. imm., das aber nicht Anwendung leide auf res merae facultatis, wie z. B. jus offerendi, reluendi, retrovendendi, praestatio laudemiorum bonorum feudalium.

Ulricus Huber (1636—1694).

Ihm ist die Unvordenklichkeit ein Mittel ad stabilien-

dam praesumtionem negligentiae vel derelictionis. (*Praelectionum juris civilis tomi III lib. II tit. VI pag. 148*).

Ihre Geltung im friesischen Recht bestimmt er lib. XLI tit. II. p. 1419 dahin:

sicuti vero praescriptio 40 annorum jure nostro (Frisiorum) non est mutata, ita quoque praescriptio temporis imm. eodem non censetur esse sublata adeoque regalia adversus principem non 31 annis, 6 hebdomatibus, 3 diebus, sed immemoriali praescriptione adquiruntur.

Samuel Stryk (1640—1710).

In seinem usus modernus Pandectarum handelt er, wie Wesenbeck, über das tempus immemoriale zugleich mit den übrigen Präscriptionen in seiner Erläuterung zum 7ten Buch des Cod. Just., wo er über das Römische und canonische Recht folgendes Urtheil fällt:

Tom. V. lib. 44 tit. 3 § 4: at vero haec juris Romani fragmenta ad jura privatorum inter se spectare, contextus ipse docet nec quicquam inde praesidii accedere potest jurium rerumque ad principem quondam pertinentium posssesoribus.

At vero constitutionem generalem ibi (c. 26 x. de v. Sign.) minime promulgavit, quod possessores jurium ad principem pertinentium per lapsum temporis, cujus non extat memoria, securi sint, ne teneantur principi reddere, quod suum est.

In seinen Consilia dagegen stellt er wieder die gebräuchlichen Ansichten und Fälle seiner Zeit auf. So läßt er cons. 288 jus braxandi et cauponandi centenaria et immemoriali praescriptione, quae loco privilegii est, entstehen, so jedoch, daß contra municipales praescr. 100 annorum genüge, contra principem aber praescr. imm.

nöthig sei, welche letztere (cons. 48) aequiparatur rebus judiciatis et transactis et imperatoris potestati.

In ähnlichen Behauptungen bewegt sich:

Benedictus Carpzow (1644—1708),

der in seiner jurisprudentia forensis, pars II c. 3 def. 24; c. 53 def. 1 von der Gültigkeit des tempus immemoriale nach Sächsischem Recht spricht.

Johann Nicolaus Hert (1645—1700).

Dessen responsa, consilia et deductiones enthalten wenig Neues, wenn man nicht etwa dahin zählen will die Anführung von verschiedenen bisher noch nicht genannten Verhältnissen, auf welche die unv. Zeit Anwendung leiden soll; wie z. B. resp. 369 n. 4. exemtio ab oneribus, quae vulgo praediis incumbunt; resp. 1, 10 et 77 jus primarum precum.

In seinen Consilien (z. B. cons. 23, 45, 47, 100 etc.) vertheidigt er den Satz, daß die praescriptio imm. non aestimanda sit ex annis, sed ex defectu memoriae.

Johannes Brunnemann († 1672)

redet in seinem jus ecclessiasticum lib. II c. 11; lib. III c. 7 vom Einfluß der unv. Zeit auf viele Gegenstände des kirchl. Rechts und von der Nothwendigkeit der bona fides bei praescriptio immem. nach letzterem.

Nicolaus Christoph von Lynker (1643—1726)

stellt in seinen consilia pars I resp. 2 die Kraft der praescriptio imm. justitiae, causae, titulo, veritati gleich und läßt letztere nur Anwendung finden in juribus minoribus principis vel talibus, quae princeps, salva dignitate statuque suo alienare, in feudum dare etc. solet; so wie in fiscalibus exactionibus und bei manchen privatrechtlichen Verhältnissen, z. B. jus cerevisiarum, observantia de pondere florinorum (Gulden) pro agro emphyteuticario praestandorum.

Henricus a Cocceji (1644—1719)

widmet in seinen exercitationes der praescriptio immemorialis eine eigene Abhandlung, disputatio 39, die sich in bekannten Ansichten und Beispielen herumdreht und deren größeren Theil müßige philosophische Definitionen und ein Kapitel über res pr. immemoriali obnoxiae und exemtae (unter letzteren die, quae ossibus principis inhaerent) einnimmt.

Christianus Wildvogel (1644—1728)

Dissertatio de jure saeculi. Jenae 1701; fast ganz im Geiste des vorigen.

Zeger Bernhard van Espen (1646—1728)

ist beinahe der Einzige aus dieser Periode, der in der Lehre von der unvordenklichen Zeit, sich an das canonische Recht haltend, einem festen, aus letzterem gefundenen Prinzip folgte, und frei von den Abirrungen vieler Canonisten, selbst in den Ausdrücken constant ist. So finden wir in seinem gediegenen *jus ecclesiasticum universum* nie die Bezeichnung praescriptio immemorialis, sondern durchgängig die Benennung possessio und consuetudo immemorialis. Am reichhaltigsten für letztere ist pars II des ebengenannten Werks. Aus den vielfach darin zerstreuten Aeußerungen sind vorzüglich folgende zu erwähnen;

tit. 33 cap. 3 n. 23 cum ecclesia parochialis jure communi sit fundata, in perceptione decimarum infra limites parochiae excrescentium perspicuum est, jus decimandi intra eosdem limites praescribi non posse contra ecclesiam parochialem, nisi cum possessione concurrat titulus vel defectum tituli suppleat possessio immemorialis sive tanti temporis, cujus contraria memoria non existit.

tit. 25 c. 3 n. 17 u. 29 si tamen agatur de praescriptione juris patronatus, praesertim laicalis contra

ecclesiam liberam, non sufficit tempus 40 annorum, sed exigitur tanti temporis quasi possessio, cujus contraria memoria non existat, eo, quod praesumtio fit contra praescribentem ipsumque jus commune contrarium est. Ipsa deinde possessio, memoriam hominis excedens, etiam hic pro titulo habetur, neque ad fundationis aut dotationis specialem titulum ulterius urgentur, qui hujusmodi possessionem probant.

c. 9 n. 13 non tantum titulo juris patronatus principes beneficiorum provisionem habent, sed et aliis titulis, nimirum indulti apostolici aut inveteratae consuetudinis.

Nic. Hier. Gundling (1671—1729)

wiederholt in seinen praelectiones de Struvii jurisprudentia Romana-Germanica forensi nur die Ansichten des Letzteren.

Joh. Rebhahn

Dissertatio juridica de praescriptione immemoriali. Argentorati 1663

enthält als Neues nur die einzige, freilich ungegründete Behauptung:

pag. 8—9. Dico quod sit acquisitio, quia *ad similitudinem usucapionis* recepta est. Exigit enim et haec, sicut usucapio, possessionem justam i. e. cum bona fide conjunctam.

Dritte Periode.

Die Jurisprudenz des achtzehnten Jahrhunderts.

Wie verzweifelt in diesem für juristische Literärgeschichte überhaupt wichtigen Zeitabschnitt der Zustand der Lehre von der unvordenklichen Zeit war, davon mögen, statt alles Anderen, folgende Aeußerungen von fünf berühmten Juristen dieser Zeit zeugen.

Ludewig, consilia Hallensium JCtorum, tom. II libr. II cons. 77 nro. 18.

So viel die praescr. imm., als worauf die meisten Rechtslehrer in sothanen Fällen sich zu berufen pflegen, anlanget, dieselbe billig vor einen todten Gözen, die nirgends in denen Rechten einigen Grund vor sich hat, hierunter anzusehen. — Da die Rechtslehrer bei genauerer Erwägung und Einsicht selbsten noch nicht zu sagen wissen, worinnen solche eigentlich bestehe und in dem Falle selbige dahin zu expliciren, quod istiusmodi modus sit adquirendi per tantum tempus, cujus non extat memoria, solches, wie bekannt, wider alle Rechte streitet; diesertthalben bereits viele JCti von diesem Wahn abgegangen!

Engelbrecht, consultationes Gryphiswaldenses resp. 26. n. 20

Habet enim illa vim legitimi et justi tituli nec non bonae fidei praesumtionem tantumque potest, quantum imperator cum causa *miscetque quadrata rotundis!*

Neller. opusc. Vol. II p. 1 p. 117

De scrupulosissima indagine praescriptionis imm.,

cui nemo absque capitis dolore profundius immergetur, nemo non agnoscet, visis tricis, satius fore rebus publicis, si hoc praescriptionis genus penitus eliminaretur.

Heineccius, consilia, resp. V.

Nun sollte man billig davor halten, eine so höchst wichtige Doktrin, wovon ganzer ansehnlicher Familien Wohlstand und Splendeur abhanget, werde in denen Rechten ihren unstreitigen Grund haben und mit unwidersprechlichen Zeugnissen belegt werden können. Man muß aber bei genauer Untersuchung dieser auf guten Glauben angenommenen Sätze mit Erstaunen wahrnehmen, daß fast nicht ein einziger derselben die Probe aushalte oder gegen Recht und Wahrheit bestehen könne!

Kürzlich von der Sache zu reden, so ist Bonifacius VIII der erste gewesen, welcher zu Ende des 13ten Jahrhunderts anno 1298 praescr. tanti temporis, cujus initii memoria non exstat, gedenket und eben davon haben nachher die glossatores und interpretes profitiret, um von einer pr. imm. zu reden und die *textus*, welche *in jure civili de vetustate* reden, mit denen Haaren dahin zu ziehen angefangen, bis endlich, wie es zu geschehen pflegt, mit der Zeit ein Recht und communis opinio daraus geworden.

Am herbsten ist:

Senkenberg, de praescr. memoriam excedente.

Incondita illa rudis et inficeta imm. praescr., quam sine lege, sine teste, sine auctoritate, monstrum ingens, crudele, cui lumen ademtum, medium aevum protulit, exesto perpetuo, deportator nec civitate juridica amplius gaudeto.

Fragen wir nach den Ursachen solch heilloser Verwir-

rung, so liegen sie freilich wiederum zunächst im Mißverstehen und Vernachlässigen der Quellen, dann aber auch darin, daß sich in dieser Lehre die Theorie der Praxis anschmiegen mußte, d. h. bei vorkommenden Rechtsstreitigkeiten und Anfragen nahmen Gerichtshöfe und einzelne Juristen von den hergebrachten Ansichten immer die zur Norm, welche eine schnelle Erledigung der Sache herbeiführen konnte. Ja dies ging so weit, daß ein und dasselbe Colleg, ein und derselbe Rechtsgelehrte für verschiedene Fälle auch verschiedene Prinzipien der unvordenklichen Zeit adoptirte. Ganz wahr ist es daher, wenn *Neller* l. c. sagt: »itaque si post conditum jus commune praevaluit, ut in quibusdam praescribendis rebus aut juribus praecise desideraretur immemorialitas, *id unice pragmaticae jurisprudentiae in acceptis refertur, quae non semel minus accurate pertractarit textus* et successive tam in usum fori quam in statuta locorum *inrexit principia, de quibus nullus textus cogitavit; ex semel inrectis autem alii mox ulteriora, lege identitatis aut similitudinis produxerunt!*«

Wie eifrig aber bei allem Dem das Bestreben war, in dem Gewirre der Meinungen einen sichern Anhaltspunkt zu gewinnen, geht schon aus den vielen, uns aus diesem Zeitraum hinterlassenen Monographieen über die unv. Zeit hervor. Der Gewinn, den wir aus ihnen schöpfen, ist allerdings ein höchst prekärer.

Während, wie schon aus den obigen Citaten hervorgeht, viele Schriftsteller die unv. Zeit ganz aus dem Rechtsgebiet verwiesen wissen wollen, legen ihr dagegen Andere eine fast an's Thörichte grenzende Kraft bei. Auch übte die Rechtsphilosophie jener Zeit ihren Einfluß auf diese Lehre aus. Die meisten Abhandlungen quälen sich mit philosophischen Begriffen und einige verweisen das tempus

immemoriale, unter dem Namen *praescriptio juris gentium*, sogar in das Bereich des Völkerrechts.

Wir theilen die verschiedenen Schriften dieses Zeitraums, leichteren Ueberblicks halber, in vermischte Schriften und Monographien.

A. Vermischte Schriften.

Joh. Pet. Ludewig (1668—1743).

Im Einklang mit der in der Einleitung citirten Aeußerung steht eine andere in demselben Werk tom. II lib. I nro. 90 et 92.

praescriptio immemorialis justum titulum bonamque fidem supplet; nihil curat rei habilitatem et patientiam partis adversae, facit jus irretractabile, fit potentior per concurrentem justum titulum et bonam fidem, adeo ut tunc confirmetur illud, quod alias nullum et invalidum est.

Just. Hen. Boehmer (1674—1749).

Böhmer's Grundansicht, bei der er auch fest stehen blieb, ist die, daß die ganze Kraft der unvordenklichen Zeit in praesumtione beruhe. Im jus ecclesiasticum protestantium lib. II tit. 26 sagt er:

vis imm. praescriptionis desumta est illis legibus Digestorum, quae requirunt ad habendum aquaeductus servitutem pro constituto, ut originis memoria non exstet atque illae leges tantum important praesumtionem olim constitutae servitutis, ergo vis tota in praesumtione est. —

Haec vetustas desiderata fuit in servitutibus, non quod de vilissimis rebus et parvi faciendis acquirendis, sed quia usucapi non poterant.

Er beruft sich hiebei noch auf ein Werk des Raevardus, betitelt Tribonianus, worin gelehrt werde, daß de-

ficiente titulo talis vetustas, cujus non extat memoria, in servitutibus adquirendis nöthig gewesen sei. Nach einer genaueren Erwägung der Gegenstände der unv. Zeit und der Requisite des Beweises, behauptet er:

qui vetustatem temporis imm. probat, idem est, ac si probasset, olim majores suos per privilegium speciale haec jura acquisivisse.

In seinen consultationes et decisiones, tom. 1 p. 1 resp. 36; tom. II p. II resp. 935. 936; tom. III p. 3. dec. 657 und in den exercitationes ad Pandectas, lib. 41 tit. 3 findet sich, außer einigen Bemerkungen über die praescr. contra leges prohibitivas, nur eine Wiederholung des Gesagten.

Joh Balthasar a Wernher (1675—1742)

Seine Ansicht, der er stets treu bleibt, unterscheidet sich von der Böhmer's eigentlich nur den Worten nach. In den observationes forenses, tom. 2 p. 4 obs. 5 stellt er den Satz auf:

praescriptio imm. modus titulum legitimumque praescriptionis initium *praesumtive probandi* erit.

Praescriptione imm. nullum jus, quod quis ante non habuit, acquiri, sed jus legitime acquisitum fuisse, probari; ergo in omnibus illis, quae a possessore ullo modo acquiri possunt, pr. imm. locum habet.

Auch er zieht die Frage von legibus prohibitivis, immunitatibus a collectis und ihr Verhältniß zum temp. imm. in Betracht

Joh. Aug. a Berger (1657—1732)

Seine oeconomia juris, lib. II tit. II vertheidigt die Ansicht, daß tempus imm. eine praescriptio sei und verweilt größtentheils bei den bekannten Streitpunkten.

Joh. Theoph. Heineccius (1681—1741)

Aus seinen consilia, responsa et decisiones, entneh-

men wir, außer dem am Eingange Erwähnten, dem cons. V noch folgendes, kurz zusammengefaßtes Resultat. Es habe — behauptet er — im Röm. Recht, außer den praescriptt. definitae nicht noch eine praescr. indefinita gegeben, am wenigsten für serv. discontinuae; diese Ansicht sei daher „ein bloßes Gedichte der doctorum." Im deutschen Rechte habe die praescriptio regalium et immunitatis a collectis tempore immemoriali Wurzel gefaßt; die Bestimmungen des can. Rechts seien nicht über die in letzterem angegebenen Fälle auszudehnen.

Aug. a Leyser (1683 1752).

Seine meditationes ad Pandectas enthalten vol. II spec. 461 eine Abhandlung, überschrieben *de praescriptione contra jus* (ad lib. 41 tit. 3). Diese Benennung schon gibt uns den Gesichtspunkt an, von dem er in dieser Lehre ausgeht. Er beginnt:

> praescriptioni immemoriali contra legem communem est locus. Hoc capitulum in foro recepimus, quum pr. imm. eadem, quae consuetudinis, per quam lex tollitur et privilegii, quod etiam contra leges subinde indulgetur, auctoritas sit.

Im Vol. 8 sp. 462 mühet er sich mit Feststellung des Begriffs von res merae facultatis ab und im Vol. 10 sp. 648 u. 670 stellt er als Objekte der praescr. imm. dar realia, quae nec fiscus principis exercere solet, qualia sunt Branntwein-Blasenzins, Nährungsgeld, exactio tributorum et aliorum onerum publicorum.

Müller ad Leyseri meditationes, tom. V obs. 534 stimmt Wernher's Ansicht bei und sagt: pr. imm. ex sua propria indole dijudicanda est. Auch macht er eine Widerlegung der Leyserschen Ansicht von res m. fac. und einige Bemerkungen über schon vielbesprochene Punkte in dieser Lehre.

Joh. Frid. Peffinger († 1730)
hält im Vitriarius illustratus, tom. III lib. III tit. 18 der praescriptio imm. eine fast begeisterte Lobrede, die, als Beispiel juristischer Curiosität und als Beleg für die gänzlich verkehrte Auffassung dieser Rechtsmaterie in dieser Periode, hier ihre Stelle finden mag:

— — ut habeat pr. imm. vim tituli, legis, constituti, ita ut nulla tituli probatione egeat, proinde idem operetur, quod speciale privilegium, ex certa principis sententia manans, sicque tali tempore probato dominium rei possessae ex ipso probatum censeatur, citra quod probationem in contrarium producere fas sit. Uti porro *e medio quasi tollat omnem juris resistentiam*, imo praestantior judicetur privilegio, *omnem suppleat defectum illudque, quod nullum alias judicatur irritumque et invalidum, firmet, corroboret validumque reddat;* aequipolleat contractui, nunquam per generale statutum, quo praescriptiones in genere abrogantur, abolita censeatur adeoque clausula „nulla obstante praescriptione" eam non feriat. Uti deinde acquirat ea, quae naturaliter acquisitioni non subjacent, *minuat odia, dissidia, invidiam et injuriam* etc.

David Georg Struben (1694—1775)
ist ein Anhänger Böhmer's, in dessen Ansicht er einstimmt: Rechtliche Bedenken, p. 1 nro. 135 p. 5 nro. 44. Seinen „Nebenstunden" ist tract. II ein Anhang über die Jagd, als ein vom Adel temp. immemoriali zu erwerbendes Recht, beigefügt.

Leonh. Henr. Ludovicus de Cannegiesser (1691—1770)
Decisiones Hasso-Cassellanae. Tom. 1 dec. 9
wird behauptet, die Ansicht vom Erwerb der serv. discont. tempore imm. habe in foro radices egisse. — Dec. 39. 158. 95. 164 führen uns als Gegenstände des temp.

imm. vor: jus vendendi vina Rhenana et franconica; regalia, quatenus princeps exercitium eorum vult et potest subditis concedere; jurisdictio civitatum ad delicta in praediis nobilium admissa.

Man vergl. noch tom. II dec. 189. 191. 226. 296.
„ III „ 8. 11. 17. 23. 53. 65 etc.

Mich. Münchmayer. Casus juridici ed. 1700.
enthalten (pag. 301) nur eine Zusammenfassung der verschiedenen Ansichten.

Fridericus Behmer
beschäftigt sich in seinem jus controversum, obs. X mit der Frage, quatenus praescriptioni imm. obstent documenta?

Dav. Mevius (1699—1770)
Aus seinen consilia posthuma führen wir nur cons. 63 n. 39 an, wo es heißt:

pistores siliginarii (Weisbäcker) temporis imm. cursu, quod vim habeat privilegii, acquirere id, quod sermone Germanorum vetere „Losbacken" appellabatur.

Joh. Georg von Cramer (1706—1722)
In pars 78 p. 123 der „Wetzlarischen Nebenstunden" stellt er den Satz auf:

quoniam inter se comparantur publica auctoritate facta et quorum vetustas memoriam excedit, tempus imm. jure constituti loco habetur.

In seinen opuscula, tom. II nro. 1 befindet sich eine Abhandlung: resolutio problematis juris, an pr. imm. subsidium relevet contra ordinationem provincialem? Die Frage verneint er, weil, nach seiner Ansicht, aus dem cap. 26 X. de V. sign. prono alvo fluit, possessionem immem. *vim suam nanscisci a consuetudine, quam involvit.* Daraus folge, daß, so wie eine lex, so auch talis consuetudo debet esse rationabilis und in quocunque

casu ergo jus adquiri non potuit, ibi quoque pr. imm. irrita esse debet, ex quibus simul liquet, subditos jurium horum praetensorum incapaces esse.

Heinr. Brokes (1706—1773) gibt in seinen *selectae observationes forenses* bekannte Beispiele.

Christoph Fr. Harprecht (1700—1774)

Seine *responsa juris* fußen in den vorkommenden Fällen auf den verschiedensten Ansichten dieses Zeitraums.

Frid. Es. von Pufendorf (1707—1785)

Im ersten Bande, obs. 151 seiner observationes macht er folgende Definition vom temp. imm.:

status rei inconcussus, cujus contrarium nemo neque ex propria neque ex aliena scientia unquam cognoverit.

Sein Prinzip ist:

illud inter omnes constat, pr. imm. tituli et privilegii vicem habere.

In seiner ausführlichen Erläuterung der Lehre vom Beweise in der cit. obs. und tom. II obs. 54. 55 kommt er auf den richtigen Satz zurück:

neque enim ex annorum completo numero, sed ex memoria hominum deficiente pr. imm. aestimatur.

Arm. Heinr. von Engelbrecht (1709—1760)

Außer der Notiz am Eingange dieser Periode erwähnen wir noch resp. 107 und 110 seiner consult. Gryphiswaldenses, wo er bona domanialia principum und immunitas a solutione decimarum als Objekt des temp. imm. anführt.

Georg Christ. Neller (1710—1783)

In dem zu Anfang dieser Periode cit. vol. befinden sich, außer einer weitläufigen Behandlung der Beweislehre und der Frage über praesumtio juris et de jure noch folgende, nicht zu übergehende Ansichten:

§. 4. at si ejusmodi servitus rebus, *quae sint publici juris et usus*, imponi velit, *ut a solo principe oncedenda*, tunc is demum censetur concedere eo momento, quo adest vetuntas, cujus originis memoria non exstat.

Nicht zu vereinigen hiermit ist:

§. 20. ei inest modus acquirendi civilis per usucapionem.

Joh. Aug. Hellefeld (1717—1782).

Jurisprudentia forensis ed. 6ta 1783.

Er huldigt der Ansicht, daß aus der pr. imm. eine praesumtio justae acqusitionis entstehe; daß jene im Römischen Recht begründet und für die res et jura da sei, quae praescriptioni non subsunt civili (§. 1760. 1775).

Joh. Ch. Schmidt (1726—1763).

Die Abhandlung in seinen ***opuscula de praescriptione*** c. 3, *de praescript. incerti temporis seu immem.* fasst Hellefeld's und Pufendorf's Ansichten zusammen. Eine Aeußerung darin ist noch zu merken, weil sie zeigt, wie groß der Einfluß der Praxis auf die Theorie in dieser Zeit war:

porro ad adquirendas servitutes discontinuas, quales sunt servitutes rusticae, ex communi doctorum sententia, *quamvis sit erronea*,, pr. imm. requiritur.

Ludw. Jul. Friedr. Höpfner (1743—1796)

Commentarius ad Hein. instit. ed. Weber 1818.

Ihm ist (§. 406) die praescriptio immem. eine *praesumtio legalis*, durch welche res praescr. def. non subjectae erworben werden.

Joh. Ad. Theop. Kind (1744—1776)

sucht in den quaestiones forenses tom. III c. 62 die Frage über Qualität der Zeugen und Zulässigkeit der Eidesdelation bei dem temp. imm. zu erledigen.

Carl Christ. Hofacker (1749—1793)

Principia juris civ. ed. Gmelin.

§. 981. pr. imm. usu fori quotidiano satis confirmatur.

Sie sei, meint er, zwar keine praescriptio, aber nichtsdestoweniger würde ihr »nec incongrue praescriptionis generaliter acceptae nomen« beigelegt.

Zu den Wirkungen derselben zählt er, außer den allgemeinen jeder Präscription, noch, quod habeat vim tituli, privilegii aut specialis concessionis, und daß durch sie erworben werden privilegia, etiam contra legem prohibitivam, res, quae in patrimonio publico civitatis sunt, domaniales et fiscales, etc.

Interessante und mannigfache Fälle sind verzeichnet in dem:

Allgemeinen Juristischen Orakel Tom. IV. IX. X. XIV. Im 10ten Bande pag. 362 befindet sich die Aeußerung: — inde qui praescr. imm. movere vellet, perinde habetur, ac si ipsum jus naturae mutare vellet.

Desgleichen in den

Consilia Tübingensia (ed. 1731) Tom. VII. cons. 6. 7. 54. 62. 65 etc.

Eine Recapitulation aller Ansichten dieses Zeitraums hat geliefert:

Joh. Ernst Müller in seinem promptuarium juris novum. Lipsiae 1788. Tom. IX.

B. Monographien.

Andreas Ockel. Es existiren von ihm zwei Abhandlungen:

1) de praescr. temp. imm. Saxo-Halae 1683 und

2) tractatus juridicus de pr. imm. praesertim rerum domanialium et regalium principum. Halae 1707.

Die letztere ist nur eine Ausführung der in der er-

stern gegebenen Grundzüge. Mit Uebergehung der vielen nicht zur Sache gehörigen Weitläufigkeiten heben wir aus ihr nur folgende Stelle hervor:

p. 11. Ast quatenus consuetudinem, respectu habito ad jura privatorum vel statuum vel etiam singulorum extrajudicialiter acquisitorum, in lingua vernacula dicimus „ein altes Herkommen, alte hergebrachte Gewohnheit und Gerechtigkeit," quin imm. tempore prascripta jura indigitentur, nullus dubito; confirmant me leges imperiales publicae, in quibus, quando de singulorum vel et subditorum juribus sermo toties, quoties jura praescripta sub illis vocibus involvuntur.

F. C. Harprecht, de praescriptione immunitatis a collectis. Altdorf. 1709.

Das oben von Harprecht's responsis Gesagte gilt auch von dieser Abhandlung, nur daß er hier (pag. 38) folgende stärker ausgeprägte Ansicht hinstellt:

lapsus siquidem temp. imm. contra immun. a collectis habet vim constituti, tituli legitime acquisiti, legis, consuetudinis, expressae concessionis, contractus, expressi pacti, donationis, privilegii, tantumque probat, quantum princeps supremus cum causa et plenitudine potestatis.

Joh. Fr. Wahl, dissertatio de pr. imm. Giessae 1720, eine geistlose Vertheidigung der Ansichten von Böhmer und Wernher.

Carl Otto Rechenberg, problema juris publici de vetustatis auxilio, reipublicae, quoad immunitates a collectis, non opponendo. Lipsiae 1726.

Der auf dem Titelblatt angezeigte Gegenstand wird sehr matt, meist mit Berufung auf hergebrachte Irrthümer, behandelt.

Michael Grass, de praescriptione superioritatis territorialis acquisitiva. Tubingae 1727.

Bei der Behandlung des fraglichen Gegenstandes geht der Verfasser von folgender Ansicht aus:

pag. 20. „Es ist unläugbahr, daß nach gemeiner Meinung der Gelehrten alle jura und regalia, so per privilegium summi principis mögen erhalten, auch durch undenkliche Verjährung, wenn sie also beschaffen, daß kein Mensch eines contrarii actus sich erinnere und der superior, wider welchen die Verjährung läuffet, dessen nicht unwissend, können erworben werden.

Gothofr. Ludw. Mencken, dissertatio de pr. imm. hominum licet memoria deficiente per documenta elidenda. Vitebergae 1733.

Eine Widerlegung derer, die documenta beim Beweis der Unvord. verwerfen; enthält außerdem mehre Rechtsgutachten. —

Kress, de genuina natura et indole vetustatis seu pr. imm. 1734.

Nachdem er über den schwankenden Begriff der vetustas Einiges gesprochen, sucht er durch Anführung von Urkunden die von jeher geachtete Geltung der pr. imm. darzuthun und stellt demnächst § 35 folgende Grundansicht auf:

leges imperii tribuisse eandem vim tempori imm. in immunitatibus a tributis in specie, quam ipsi tribuit jus civile in genere, quod vicem legis habeat, quod illo constitutum, jure constitutum.

Gebhard Christ. Bastineller, dissertatio de pr. immunitatis ab oneribus publicis, Vitembergae 1740, stellt die Kraft des tempus imm., als eines Privilegs gegen die Freiheit von öffentlichen Lasten in Abrede.

Simon Peter Gasser, dissertatio juridica de memoria initii contra praescriptionem immemorialem

praecipue regalium et Domaniorum. Halae Magdeburgae 1740.

Eine das bezeichnete Thema nicht erschöpfende Arbeit.

Fridr. Benjamin Backmeister, diss. de praescriptione contra leges maxime prohibitivas. Halae Magdeburgae 1740.

Nach einer seichten Einleitung stimmt er pag. 19 Wernhers Ansicht bei, und nachdem er mit Erwägung der l. 4 C. de pr. 30 vel 40 annorum die von der Präscription eximirten Sachen angeführt, behauptet er für letztere die pr. imm. als wirksam, die ja nicht eine praescriptio sei, sondern nur abusive so genannt werde, und bei allen causis statthaben, welche per viam privilegii singularis subditis concedi possunt.

J. Wentenschlegel, diss. juridica de probanda temp. imm. praescriptione. Monachiae 1742.

Behandelt die Lehre vom Beweis oberflächlich, daneben mehre unnütze Fragen.

Joh. Aug. Hellefeld, diss. de auctoritate vetustae possessionis, in causis praesertim illustrium. Jenae 1743.

Enthält meist die schon oben angeführten Ansichten, nebst einem Anhang von den causis illustrium i. e. imperantium et qui ab his descendunt. Zu diesen causis für die praescr. imm. rechnet er summi imperii jura, superioritas territorialis, reservata imperatoria, jus de non evocando et appellando, servitutes in alieno territorio causasque demum inter status imperii contingentes.

Christ. Jos. Schwarz, diss. de praescriptione juris gentium sive immemoriali. Lugduni-Batavorum 1752.

Nach einer schwülstigen Einleitung arbeitet er darauf hinaus, den Ursprung der pr. imm. aus dem jus naturale et gentium dazuthun. —

Rudolph Christ. Henne, diss. de pr. imm. praesumtionem solum pro praescribente operante. Erlangae 1771.

Eine mit vielen Mißverständnissen dieses Zeitalters angefüllte Dissertation.

I. C. Reigersmann, diss. de praescr. juris gentium seu immemoriali. L. Batavorum 1749.

Ganz der Abhandlung von Schwarz gleich.

Gottlob Heinrich Trenkmann, praescriptionis imm. origo Romana impugnata. Lipsiae 1771.

Diese im Ganzen gut gehaltene, manche interessante Bemerkungen enthaltende Schrift sucht den Beweis zu liefern, daß das tempus immemoriale als praescriptio im Römischen Recht nicht vorkomme, geräth aber dadurch, daß diese Ansicht auf eine Reihe nicht schlagender Gesetzesstellen gegründet wird, in viele Widersprüche und Verkehrtheiten. Wenn auch die Römischen Bestimmungen über Unvordenklichkeit richtiger, als bisher irgendwo geschehen, aufgefaßt werden, so befriedigt doch die Interpretation nicht. Das Resultat dieser Streitschrift bleibt nach des Verfassers eigener Schlußbemerkung immerhin ein negatives. Er schließt nämlich Seite 35:

> jam cum satis non sit, ostendisse rei, quae in usu habeatur, originem esse inde repetitam, unde repeti non debuisset; ut officio nostro satisfaceremus, opportebat a nobis doceri, unde praescr. haec temporis imm. veram originem traxerit. *Sed hoc argumentum adeo multis difficultatibus objectum est*, ut ob temporis exiguitatem nunc a me pro dignitate tractari non possit.

Joh. Jac. Rave, principia universae doctrinae de praescriptione adquisitiva et extinctiva, definita et immemoriali. Jenae 1775.

Die in diesem Zeitraum angeregte Frage, ob die Unvordenklichkeit im sogenannten Naturrecht ihre Quelle habe, nimmt auch hier den größeren Theil der sonst mit vieler Klarheit geschriebenen Abhandlung weg, welche zu den besseren dieses Zeitraums gehört und gewissermaßen den Uebergang zur folgenden Periode bildet. Viele Irrthümer finden wir hier beseitigt, die Lehre vom Beweise ausführlich besprochen, aber das, wovon alles abhängt, ein genügendes Erforschen der positiven Gesetze, vermissen wir auch bei ihm. Seine leitenden Grundsätze sind niedergelegt pag. **362** u. **368**:

— hinc stabit *universalis ratio* praescriptionis immemorialis, ut fortior sit translationis justae praesumtio, quam durationis continuatae.

Romanae leges expresse sanciunt, ut vetustas debeat pro titulo haberi, cui respondent textus juris canonici nec dissentiunt leges imperii nostri Germanici, quare statuimus, pr. imm. contra leges prohibentes inesse vim adepti privilegii, adeptae concessionis sive, ut alii, vim pacti expressi et specialis concessionis.

C. W. Winkler, praescriptio immunitatis a tributis, praesertim, quoad aerarium publicum Saxoniae impugnatae. Lipsiae **1779**.

Enthält meist Sächsisches Recht. Als die summa seiner Forschungen gibt er pag. **6** folgende Ansicht:

ego itaque sic sentio: si qua sit imm. praescr., ejus rationem in solis per ipsas leges hodiernas expressis exemplis, nempe in specie, recessu imperii d. a. 1548 notata, in acquirenda venatione, jure coquendi vendendique cerevisiam, in terris Saxonicis esse habendam.

Vierte Periode.

Die Jurisprudenz des neunzehnten Jahrhunderts.

Wir sind zu einer Periode gelangt, aus der die oft kleinlichen und nichtssagenden Controversen in der Lehre von der unvordenklichen Zeit verbannt und die Arbeiten der Schriftsteller darauf gerichtet sind, nebst so vielem Anderen auch diese Lehre auf eine dem Standpunkt der Jurisprudenz unseres Jahrhunderts angemessenen Weise zu beleuchten. Daß aber trotz dieses einmüthigen Strebens Meinungsverschiedenheiten entstanden sind, darf um so weniger befremden, als die allgemeinen Gründe juristischer Controversen hier umsomehr gelten, wo bei äußerst dürftigen Quellen die Praxis der Vorzeit einen so gewaltigen Einfluß erlangt hat.

Es ist schwer, über die Leistungen der Schriftsteller dieses Zeitraums ein allgemeines Urtheil zu fällen. Nur das läßt sich mit einiger Bestimmtheit sagen, daß sie mehr bei den einzelnen im Römischen, canonischen und Deutschen Recht entschiedenen Fällen und demnächst bei den Gegenständen und Rechten, die der Unvordenklichkeit unterworfen sind, also mehr bei der praktischen Bedeutung und dem Eigenthümlichen ihrer Wirksamkeit stehen blieben, mit wissenschaftlicher Gediegenheit die Lehre von den Anhängseln der früheren Praxis eher zu befreien, als ein positives Prinzip aus den Quellen, die mit vielem Scharfsinn und großer Genauigkeit exegesirt werden, zu gewinnen suchen. So lange aber Prinzip und praktische Bedeutung in dieser Lehre auseinandergehalten werden und nicht vielmehr eine Uebereinstimmung beider dargethan wird, werden sich der Anwendung

des tempus immemoriale immer neue Bedenklichkeiten entgegenstellen, wird die Praxis nie eine gleichmäßige werden können.

Es eröffnet diese Periode:

Der unsterbliche Thibaut.

Sowohl in den früheren Ausgaben seines Systems, als auch in der jüngsten und in seiner Schrift über Besitz und Verjährung hat er diese Lehre, ohne die Gesetzesstellen genauer auseinanderzusetzen, fast nur mit Rücksicht auf die Praxis des vorigen Jahrhunderts behandelt und letztere auch hier vielfach geläutert. Von dieser hat er noch die Ansicht beibehalten, daß das Wesen der „unv. Verjährung" in einer Vermuthung rechtmäßigen Anfangs bestehe. Wie diese Ansicht verstanden werden soll, hat er nicht klar ausgesprochen. Denn während er in der angeführten Schrift §. 75 einmal behauptet, daß „der unv. Besitz die Stelle eines gerechten Titels" vertrete, sagt er §. 77 die vermuthete Rechtmäßigkeit seie „der Grund" der unv. Verj. und kurz nachher §. 79 „die unv. Verjährung habe „zur Folge", daß die Gerechtigkeit desselben vermuthet werde." Es wird sich weiter unten zeigen, in wie weit diese Ansichten unter sich verschieden und überhaupt haltbar sind. Den Besitz anerkennt Thibaut als nothwendige Voraussetzung der unvord. Verj., und mit Rücksicht darauf hat er auch die sich hieraus ergebenden praktischen Fragen beantwortet. In Widersprüche verwickelt er sich besonders bei der Frage über die Nothwendigkeit der bona fides, die er §. 1035 seines Compendii daraus herzuleiten sucht, daß die Päpste die unv. Zeit eine praescriptio nennen. Außerdem findet sich in der cit. Schrift noch vieles über den Beweis der unv. Zeit und über die Frage, ob sie sich im Naturrecht gründe.

J. C. Wiese, Handbuch des Kirchenrechts 1800.

Nach ihm ist (p. II. §. 305) das canon. Recht das eigentliche Fundament dieser Lehre. Die unv. Zeit sei nicht, wie die Canonisten glauben, eine Verjährung, sondern sie bewirke eine starke praesumtio juris et de jure justae adquistionis und vertrete daher die Stelle eines gerechten Titels.

Franciscus Guilh Ferd. comes de Ahlefeldt-**Lauvig**, dissertatio de praescr. imm. Havniae 1821.

Eine mit vieler Gründlichkeit geschriebene Abhandlung, die namentlich über das Röm. Recht und über die Geltung der praescr. imm. im Dänischen Recht viel Interessantes enthält, dabei das can. Recht und das Deutsche Reichsstaatrecht einigermaßen mit in Erwägung zieht und außer den gewöhnlichen, in diese Lehre einschlägigen Fragen auch die Stellen des Röm. Rechts zu beleuchten sucht, die, wie es da heißt, praescriptioni imm. finitimi esse videntur. §. 6 lesen wir folgende Definition des temp. imm.:

est legitima continuatio status juris, sive sit possessio, sive rei cujusdam conditio, eo modo, quo per tempus, cujus initium memoriam coaevorum excedit, consistit et quidem praesumtione justi initii fundata.

Im Römischen Recht soll nach Lauvig's Erörterungen (§. 30 – 36) des temp. imm. vorzüglich bei agris arcifiniis vorgekommen sein.

Pfeiffer, praktische Ausführungen. Band **II.** Hannover 1828.

Der größere Theil dieser Abhandlung ist den praktischen Fragen über Beweis rc. gewidmet. Hieran reiht sich eine Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts zu Cassel. Sehen wir auf das Prinzip des tempus immemoriale, so geht Pfeiffer davon aus, daß dieses Rechtsinstitut seinen Ursprung aus dem Röm.

Recht habe und im canonischen und Deutschen Recht weiter ausgebildet sei, stellt dann Seite 84 folgende Grundansicht auf:

„unv. Verjährung ist Nichts, als eine Gattung wirklicher Verjährung, mithin ein Mittel der Erwerbung von Rechten durch Zeitlauf, durch die Dauer des letzteren von der gewöhnlichen Adquisitivverjährung verschieden."

Glück, Commentar. Theil IX. S. 148.

Mit ausführlicher Angabe der Literatur bekämpft er die Ansicht vom Erwerb der Servituten durch unv. Zeit nach Röm. Recht, vindicirt aber dieselbe fürs canon. Recht, welches ja dem Röm. Recht derogirt habe und bei mangelndem titulus, temp. imm. zur Erlangung von Servituten fordere. Nach Röm. Recht sei das tempus immemoriale nicht eine Gattung wirklicher Verjährung, sondern bewirke nur die Vermuthung eines rechtmäßigen Titels.

Im 21ten Bande Seite 405 handelt er weitläufig über die l. 2 de aq. et aq. pluv. und ihrem Zusammenhang mit l. 28 de prob. et praes.

Neustetel und Zimmern Untersuchungen. Band 1. Nro. V und VI.

Nachdem die von v. Vangerow (Leitfaden I. 698 ff.) widerlegte Ansicht, daß zur Servitutenersitzung keine gesetzlich bestimmte Zeit erforderlich sei, durchgeführt ist, wird vom tempus immemoriale behauptet, es diene nicht zur Erlangung eines neuen Rechts, sondern verhindere nur die Eigenthumsbeschränkung und ertheile nicht dem vicinus eine gesetzliche Befugniß (die man etwa eine negative Servitut nennen könne, jus tibi non est opus in tuo habere), sondern raube ihm dieselbe.

Eichhorn, Deutsches Privatrecht. 2te Ausg. Göttingen 1825.

Aus den vielen in diesem Werke, namentlich bei den

bäuerlichen- und Lehnsverhältnissen zerstreuten Bemerkungen über die unv. Zeit heben wir die §. 163 befindliche hervor, wo von den Reallasten behauptet wird, sie entständen „durch Gesetz, Gewohnheit oder unvordenkliche Verjährung," weil letztere „die Kraft der Gewohnheit habe und selbst gegen das *jus commune* wirke."

Unterholzner, ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre. Leipzig 1828.

Schon der Umstand, daß hier die unv. Zeit mit den verschiedenen Verjährungsarten zusammen behandelt wird, würde Unterholzners Ansicht über diese Lehre andeuten. Sie findet sich aber klar ausgesprochen pag. 512 sqq. wo behauptet wird, unv. Zeit begründe nicht eine Vermuthung rechtmäßigen Titels, sondern sei ein wahrer modus adquirendi, eine die gewöhnlichen Verjährungsarten ergänzende Verjährung.

Nach einer gründlichen Exegese der Römischen, Canonischen und Deutschen Gesetze, schließt er, die unv. Zeit sei mehr für universitates, als für privati eingeführt und fügt noch Mehres über Erfordernisse, Beweis und Unterbrechung der unvordenklichen Zeit bei.

Puchta, Lehre von dem Gewohnheitsrecht. Erlangen 1828.

Wir finden Th. II S. 114 die Aeußerung, daß longi temporis quasi possessio und tempus immem. einer consuetudo gleichzustellen sei.

J. A. Heim, dissertatio inauguralis de vera praescriptionis immemorialis indole. Marburg 1828.

Der Verfasser, nachdem er die gäng und gebe gewordenen Ansichten über das Wesen der unvord. Zeit, angegriffen, tritt den Schriftstellern bei, qui eum in locum probationis justae acquisitionis substituti et praesumtionem juris esse statuunt. Ohne tiefer in die Quellen einzudrin-

gen, sucht er manche der sogenannten praktischen Schriftsteller durch Nachweis von Widersprüchen in ihren Worten zu widerlegen.

Mühlenbruch, doctrina Pandectarum ed. tertia tom. II. § 269 lehrt: vetustatis auctoritatem non proprie esse in dominii causis; die vetustas sei instar juris legitime constituti, supplere justum titulum et bonam fidem. Dies Rechtsinstitut sei weiter ausgebildet im canon. und Deutschen Recht und auf immunitates und regalia anwendbar, die nur durch ein privilegium erworben würden. Dieselben Behauptungen werden wiederholt im:

Lehrbuch des Pandektenrechts, zweite Auflage, Theil II. §. 265.

v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechts. 5te Aufl. besorgt durch Fritz. Band I. §. 114 ff.

Nach ihm soll das tempus imm. sich gründend auf einer Vermuthung rechtlichen Erwerbs, einem justus titulus an Kraft gleichstehen, und überall da eintreten, wo ein jeder andere rechtliche Erwerbsgrund nicht ausgeschlossen sei.

Derselben Ansicht ist:

Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, herausg. v. Errleben.

Mittermaier, (Deutsches Privatrecht. 5te Ausg. I. Abth.)

behauptet S. 400: die Spuren der unvordenklichen Zeit seien in den Rechtsquellen des Mittelalters sichtbar; entwickelt sei diese Lehre durch can. Recht und Gerichtsgebrauch, das tempus imm. stehe einem justus titulus gleich. Die praescriptio imm. sei ferner Erwerbsgrund für Reallasten, die als eigenthümlich Deutsches Institut nur durch diese präscribirt werden könnten, wo nicht eine lex specialis oder usus forensis es anders bestimme. (S. 473). Als

modus acquirendi regalia gelte die **praescr. imm.** ebenfalls. (S. 486). In seinem:

Gem. Deutsch. bürgerl. Proz. 2te Aufl. 4ter Beitrag. S. 287.

stützt er seine Ansichten von der unv. Zeit auf den Besitz, dessen Alter nach germanischen Rechtsquellen vorzüglich zu schätzen ist und auch in Collisionsfällen entscheidet.

Ludwig Duncker, die Lehre von den Reallasten in ihren Grundzügen dargestellt. Marburg 1837.

Auch er läßt Reallasten durch **tempus imm.** entstehen, welches die Kraft einer **justa praesumtio** habe.

P. H. J. Schelling, die Lehre von der unv. Zeit nach rein Röm. Recht, ihrer späteren Ausbildung und gegenwärtigen Gestalt im gem. Civilrecht. Gekrönte Preisschrift. München 1835.

Der Titel der Schrift gibt uns zugleich den Standpunkt an, auf welchen sich der Verfasser bei dieser Lehre gestellt hat.

Nachdem er über den Begriff von Unvordenklichkeit im Allgemeinen geredet, geht er im Folgenden, mit steter Rücksicht auf Unterholzners Ansichten, auf die Gegenstände und Rechte über, bei welchen das Röm. Recht der Unvordenklichkeit erwähnt und gibt eine sorgfältige Erklärung der einzelnen hierher gehörigen Fragmente des Röm. Rechts; stellt die Resultate des can. Rechts, die Ansichten der Glossatoren beider Rechte und der Commentatoren, so wie die Bestimmungen der Reichsgesetze auf. Hieran reiht sich eine kleine Literairgeschichte und ein Gesammtüberblick der aus den Rechtsquellen und den geschichtlichen Untersuchungen gewonnenen Resultate. Als oberstes Prinzip für die Theorie von der unvordenkl. Zeit stellt Schelling am Schluß dieser Betrachtungen folgendes auf: (S. 104)

„Obgleich also Unvordenklichkeit dem Prinzip gemäß

nur der Beweis eines erworbenen Rechts ist, so wird dieselbe doch im positiven Recht vermöge einer durchgehenden und allgemeinen Praxis als ein Supplement der ordentlichen Ersitzung angesehen, nur mit dem wichtigen Unterschiede, daß bei den übrigen Verjährungen ein Mangel im ursprünglichen titulus adquirendi angenommen, bei der unv. Zeit aber eine causa präsumirt wird, quae olim jam transtulerit dominium. Dieses muß man festhalten."

Der Verfasser setzt dann noch den Umfang der Wirksamkeit des tempus imm. und in Verbindung damit sein Verhältniß zu den gewöhnlichen Präscriptionen auseinander und schließt das Ganze mit der Lehre vom Beweise.

Arndts, Beiträge zu verschiedenen Lehren des Civilrechs und Civilprozeßes. 1stes Heft. Bonn 1837.

Der Verfasser liefert eine erläuternde Vergleichung der Abhandlungen von Pfeiffer und Schelling und stimmt, mit einigen Abweichungen, der Ansicht des letzteren bei, macht dann von seiner Entwickelung bei Entscheidung einer streitigen Lehenrechtsfrage Gebrauch; ob nämlich durch Lehenserneuerung die Wirkung eines unvord. Besitzes des Lehensherrn unterbrochen werde?

Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts. 1840. Band I. S. 55, drückt sich folgendermaßen aus:

„wenn man annimmt, daß die s. g. Immemorialpräscription gemeinrechtlich die jur. Präsumtion eines rechtlichen Erwerbs begründet, so läßt sich der Beweis der Erwerbung eines Privilegii auch dadurch führen. Beweiset man nämlich, daß ein bestimmter dem jus commune widerstreitender Zustand über Menschengedenken ununterbrochen bestanden, so hat man juristisch dargethan, daß dieser Zustand ehemals gültig entstanden, (d. h. hier, durch einen gesetzgeberischen Akt wirklich hervorgerufen sei.)

Die unv. Zeit ist dann kein besonderer Erwerbsgrund, sondern vertritt nur die Stelle des gewöhnlichen Entstehungsgrundes oder der Beweis ihrer Erfordernisse gilt als Beweis eines wirklichen Erwerbsgrundes."

Roßhirt, Gem. Deutsches Civilrecht. Heidelberg 1840. Theil I. §. 49.

Nach seiner Ansicht soll die pr. imm. da vorzüglich einflußreich gewesen sein, als es noch keine besondere Servitutenersitzung gegeben habe und die Zeit für letztere dem arbitrio judicis überlassen worden sei. Im Mittelalter sei diese Lehre durch die Glosse des can. Rechts besonders ausgebildet; das Röm. Recht sei nicht eigentliches Fundament derselben, sondern es sei für die Juristen der Neuzeit nur „ein Nothanker" in dieser Lehre gewesen. Uebrigens wende der der Unvordenklichkeit inwohnende Verzicht einem Dritten Rechte vorzüglich auf solche Gegenstände zu, welche der gewöhnlichen Verjährung nicht unterworfen seien. Irrig sei die Ansicht, daß das tempus imm. zu den Verjährungen gehöre.

Es schließt diese Periode:

von Savigny, System des heutigen Röm. Rechts. Band IV. 1841.

Es ist dies das erste Lehrbuch des Röm. Rechts, in welchem die Lehre von der unvord. Zeit genügend und an einer passenden Stelle behandelt wird. Fast alle früheren Compendien gaben sie theils in Verbindung mit der Lehre von der Verjährung, theils als Anhang zu derselben und behielten auch die Bezeichnung „unvordenkliche Verjährung" bei. Savigny verwirft nicht nur diesen Namen und braucht statt dessen den, freilich schon von Schelling angenommenen, richtigeren „unvordenkliche Zeit", sondern weist dieser Rechtsmaterie auch eine der Natur derselben entsprechende Stellung im Systeme an, indem er sie dem 3ten Kapitel „von

Entstehung und Untergang der Rechtsverhältnisse als Unterabtheilung sub rubr. „die Zeit" einverleibt und rücksichtlich hierauf (S. 481) sagt:

„das nunmehr angedeutete Institut hat dagegen eine so allgemeine, in die verschiedensten Rechtsverhältnisse eingreifende Natur, daß auch für die vollständige Darstellung desselben keine andere, als die gegenwärtige gefunden werden kann."

Wir werden übrigens das für das Röm. Recht Erhebliche aus dieser Abhandlung, die nach Lösung dieser Preisfrage erschien und viele in letzterer ausgesprochenen Behauptungen bestätigt, am geeigneten Orte anführen und beschränken uns hier nur darauf zu zeigen, wie Savigny die Lehre dem Prinzip nach auffaßt.

Der Gesichtspunkt, von welchem aus er das tempus immemoriale betrachtet, ist die Einwirkung des öffentlichen Rechts auf privatrechtliche Verhältnisse und darum nennt er sie auch eine „publicistische Verjährung" und bestimmt (S. 483) ihren Begriff dahin:

„sie ist das Surrogat der Ersitzung bei solchen Rechten, auf welche, nach ihrer publicistischen Natur und Entstehungsart, die Ersitzung selbst nicht anwendbar."

Hiermit steht auch der Grundsatz im Einklange, welcher als aus dem positiven Recht fließend, §. 197 a. E. für die Anwendung der unv. Zeit aufgestellt wird:

„sie wird in allen und nur in solchen Fällen erfordert, wo durch die Zeit entweder ein Recht von publicistischem Character oder die Befreiung einzelner von einem Recht dieser Art, erworben werden soll."

Auf diese Weise ist nun freilich der Begriff der unvordenklichen Zeit im Allgemeinen gegeben, sind für die Anwendung derselben die Fälle und Gegenstände genau gezeichnet. Das gewonnene Resultat bleibt aber, nach

Savigny's eigener Aeußerung (§. 197 a. E.) ein negatives; mit andern Worten, die Frage, was ist die unvordenkliche Zeit nach positivem Rechte, ist damit noch nicht beantwortet und eine summa ratio des temp. imm. nicht festgestellt. Diesem Uebelstande ist es zuzuschreiben, daß die Praktiker von jeher über eine andere Frage stritten, was nämlich das praktische Wesen und das charakteristische der Wirksamkeit des temp. imm. sei? Auch Savigny nimmt (§. 201) diesen Streit wieder auf. Daß aber letztere Frage durch erstere bedingt sei, und nur mit Beantwortung dieser ihre Lösung finden kann, leuchtet von selbst ein.

Als der Verfasser diese Abhandlung schon dem Druck übergeben hatte, kam ihm noch nachträglich zu Gesichte:

A. Schmidt von Ilmenau, civilistische Abhandlungen Bd. I. Jena 1841.

Ueber seine Ansichten vom vetustas werden wir in einem Anhang zum zweiten Theil dieser Schrift einige Bemerkungen geben.

Kritische Uebersicht

der Ansichten aller vorhergehenden Perioden.

Fassen wir die Ergebnisse der angeführten Zeiträume noch einmal zusammen, so mögten sie kurz folgende sein.

Von den Glossatoren an bis auf die neueste Zeit herab gab es über das Wesen der unvordenklichen Zeit folgende fünf Hauptansichten:

1) Praescriptio immemorialis est praesumtio justi tituli bonaeque fidei.

2) Pr. imm. est loco justi tituli.

3) Pr. imm. est in numero praescriptionum, ergo in causis justae adquisitionis.

4) Pr. imm. est modus probandi dominium.

5) Pr. imm. est instar privilegii legisve specialis

Untersuchen wir nun, welche von diesen Theorien die richtige ist.

Die Meinungen ad 1 und 4 sind ihrem Grunde nach identisch. Beide gehen — freilich in verschiedener Weise — davon aus, daß die unvordenkliche Zeit ein Beweismittel für einen rechtlichen Erwerb sei. Das will so viel sagen: wer Unvordenklichkeit dargethan hat, hat eben dasselbe erreicht, als ob er einen gesetzlichen Erwerbsgrund nachgewiesen hätte. Nur in dieser Fassung hat die Theorie Sinn. Denn sollte der Satz: „Unvordenklichkeit ist Beweismittel für einen rechtlichen Erwerb" so viel heißen, als: Unvordenklichkeit ist selbst ein Mittel, wodurch ich einen rechtlichen Erwerb beweise, so wäre damit ausgedrückt, man wolle durch Unvordenklichkeit Etwas beweisen, was man, eben weil es jedes Gedächtniß übersteigt, nicht kennt.

Betrachten wir beide Ansichten, jede für sich, so ließe sich zuvörderst die sub 4 angeführte, welche die Anhänger derselben gewöhnlich so auszudrücken pflegen: qui tempus immemoriale probavit, censetur etiam probasse dominium, in gewisser Hinsicht zwar philosophisch, keineswegs aber positivrechtlich vertheidigen. Denn weder das Röm. noch das can. noch das Deutsche Recht bezieht sich in seinen Bestimmungen über die unvordenkliche Zeit auf dominium, sondern auf Rechtsverhältnisse ganz anderer Art.

Was ferner die Vermuthungstheorie — wie wir die sub 1 kurz nennen wollen — betriff', so theilt diese sich

wieder in zwei Anſichten. Nach Einigen ſoll nämlich die vermuthete Rechtmäßigkeit Grund der unvordenklichen Zeit, nach Anderen Folge derſelben ſein. Die Erſteren wollen ſagen: aus der Vermuthung, daß ein ſolch lange Zeit beſtandener Zuſtand ein rechtlicher ſei, entſpringt die eigenthümliche Kraft des tempus immemoriale; die Anderen nehmen die Sache ſo, daß durch unvord. Zeit die Vermuthung eines in Vergeſſenheit gerathenen rechtlichen Erwerbgrundes begründet werde.

Beide Anſichten, obſchon in den praktiſchen Reſultaten zuſammenfallend, divergiren doch ſehr in der Begründung der Natur der unvord. Zeit. Wer nämlich behauptet, durch die Vermuthung eines einmal rechtlichen Anfangs werde die beſondere Kraft der unvordenklichen Zeit und ihre ſo hohe Geltung im Recht begründet, ſtellt als ratio juris Etwas auf, was ſich mit den oberſten Prinzipien des Rechts, mit der Geſetzgebung eines civiliſirten Staates nimmermehr vertragen kann. Diejenigen aber, welche ſagen, die Vermuthung ſei Folge der unvordenklichen Zeit, laſſen das Prinzip außer Acht und geben nur an, was durch die unvord. Zeit begründet werde. Damit haben ſie aber auch den eigenthümlichen Charakter dieſes Rechtsinſtituts nicht bezeichnet, ſondern legen ihm Etwas bei, was es mit vielen anderen Rechtsverhältniſſen, namentlich mit der praescriptio centum annorum, die von vielen Anhängern dieſer Theorie als gleichbedeutend mit der tempus imm. genommen wird, gemein hat.

Es ermangelt dieſe Theorie jeder Beſtätigung des poſitiven Rechts: ſie iſt das Produkt der Praxis. Vergeblich hat man ſich bemühet, ſie aus der Hauptſtelle des Röm. Rechts über dieſe Lehre, aus l. 3. §. 4. de aq. quot. et aest. zu deduciren, welche Stelle namentlich viele Schriftſteller des vorigen Jahrhunderts durch folgende vage Be-

griffsbestimmungen zu erläutern suchen:

„praeterea titulus iste legalis non refertur ad certam personam vel certam speciem tituli, sed ad illas personas et illas species tituli, quae fuissent legitimae et validae statim ab initio, si de illis constitisset et — quod consequi necesse est — qui habet jus sive constitutum legale et ex tempore immemoriali, censetur habere jus vel titulum ab omnibus, qui potuerunt constituere. Sequitur, quod istud jus constituti sive tituli antecedit omnia impedimenta nec inquiritur de origine, sed praesumitur talis, qualis ad eventum esse debet.“

Eine dritte Theorie, die sub **3** angeführte, stellt das **tempus immemoriale** in eine Reihe mit der Verjährung und gibt ihr, sich stützend auf eine falsche Lesart des **c. 1 de praescript. in VI** [1]) den Namen **praescriptio indefinita.** Diese irrige Theorie ist es vorzüglich, welche den größten Streit, die müßigsten, bis auf die neueste Zeit erblich gewordenen Fragen in dieser Lehre hervorgerufen hat [2]). Nach ihr sollen durch unvord. Zeit **„res alias impraescriptibiles“** erworben werden und letztere sollen sie vor den übrigen Verjährungsarten auszeichnen. Dies ist nun freilich insofern richtig, als die meisten Fälle, in denen das positive Recht **tempus immem.** verlangt, wirklich unverjährbare Verhältniße in sich fassen, denen sogar das erste Requisit der Verjährung, die **possessio**, mangelt. Ist es aber nicht eine **contradictio in adjecto**, wenn man die unvordenkliche Zeit eine Verjährung nennt, obschon ihr alle Erfordernisse der letzteren abgehen, blos aus dem einen Grunde, weil sie auf Fälle angewendet wird, die in keiner der übrigen Verjährungsarten mitbegriffen sind? Selbst das Merkmal der

---

1) Schelling, a. a. O. S. **3.** Savigny a. a. O. §. **201.**

2) Schelling, S. **92** fgg. S. **105** fgg.

Zeit tritt uns bei der praescriptio und dem tempus immemoriale in verschiedener Weise entgegen; bei jener als das für jede einzelne Verjährungsart Charakteristische, in den Gesetzen klar Ausgesprochene; bei diesem als etwas durch die memoria Bedingtes und diese Bedingendes. Diese Andeutungen mögen zur Widerlegung dieser überdies von den meisten Schriftstellern und noch von dem neuesten[1]) verworfene Theorie genügen.

Ist nun auch dem tempus imm. somit der Verjährungstypus genommen, so finden wir desungeachtet selbst von den Gegnern der Verjährungstheorie noch die Behauptung aufgestellt, die unv. Zeit sei ihrem Begriff nach „ein Surrogat oder Supplement der Ersitzung". Bei Savigny steht diese Ansicht im Widerspruch mit seiner Aeußerung, die unv. Zeit sei eine „publicistische Verjährung." Ist sie letzteres, so steht sie, getrennt von den privatrechtlichen Verjährungsarten, als eine eigene eminente Verjährung da, auf anderm Grunde ruhend, unter eigenthümlichen Voraussetzungen und mit besonderen Erfordernissen, keineswegs aber ein Surrogat der privatrechtlichen Ersitzung. Obgleich sie sich auf Rechte erstreckt, die ihrer Natur und Entstehungsart gemäß, der Ersitzung nicht unterworfen sind, so ist doch noch die Frage, ob denn für solche Fälle das Bedürfniß einer Ersitzung so fühlbar war, daß man ihm durch das tempus immemoriale, als ein Supplement der Ersitzung, abzuhelfen genöthigt war; ob demnächst die Gesetze über unvord. Zeit vom Gesichtspunkt einer suppletorischen Ersitzung ausgehen? Diese Frage aber ist zu verneinen. Es sind nämlich, um dies vorläufig nur anzudeuten, die dem tempus immemoriale unterworfenen Objekte der Art, daß sie

1) Savigny a. a. O.

für den gewöhnlichen Verkehr entweder als nicht daseiend oder doch als unwichtig betrachtet werden können, desto größeres Gewicht aber im öffentlichen Recht haben. Waren sie deshalb auch meist dem Erwerb von Privaten und mithin auch jeder Verjährung im Allgemeinen entzogen, so konnte es doch staatsökonomischer Interessen halber nicht verhindert werden, daß, wo sie in seltenen Fällen, mit der Gerechtsame Einzelner in Collision kamen, auch dem Privatrecht hier seine Geltung bewahrt wurde. Man ließ daher in solchen Fällen den Erwerb durch Staatsgenehmigung oder durch unvord. Zeit zu, indem man bei letzterer von der Voraussetzung ausging: solche Zustände, innig verflochten mit dem Interesse jedes Staats, unter welcher Form dieser auch bestehen mag, sind von jeher streng bewacht worden und sie sind mit Wissen des jedesmaligen Staatsoberhaupts unangetastet geblieben. Die historische Berechtigung der Betheiligten ist daher auch gewissermaßen ein Freibrief für letztere.

Weniger daher, um durch unvord. Zeit ein Surrogat der Ersitzung zu schaffen und, wie durch letztere, so auch durch jene schwankende Rechtsverhältnisse zu normiren, als vielmehr, um ergraute Vorrechte nicht zu verletzen, legte man dem **tempus imm.** seine ihm bis auf den heutigen Tag gebliebene Kraft bei.

Eine vierte Theorie, die sub **2** angeführte, ist die, das **tempus immemoriale** sei **loco justi tituli.** So allgemein gefaßt, ließe sich der Satz noch rechtfertigen. Aber die Anhänger derselben sprechen sich dahin aus, daß sie unter **titulus** entweder den beim Eigenthumserwerb oder bei Erwerbung von Servituten verstehen. Von beiden aber weiß, wie theils mehrmals schon angegeben, theils noch gezeigt werden soll, das positive Recht kein Wort. Und somit zerfällt diese Ansicht in ihr Nichts.

Es ist nun noch die sub 5 vermerkte Theorie übrig, nach welcher das tempus immem. instar privilegii legisve specialis ist. Sie hat von jeher viele Vertheidiger gefunden, ist aber theils nicht gehörig begründet, theils entstellt durch Nebendinge, theils nicht in gehörigem Zusammenhange vorgetragen worden. Daß sie die richtige sei, soll in nachfolgenden Blättern zu entwickeln und zu begründen versucht werden.

Zweite Abtheilung.

Römisches Recht.

Welches sind die Stellen des Römischen Rechts, die von Unvordenklichkeit reden?

So müssen wir uns fragen, ehe wir zur Darstellung der römischrechtlichen Grundsätze in dieser Rechtsmaterie schreiten.

Von Juristen der älteren und neuesten[1]) Zeit sind unter der Voraussetzung, daß vetustas so viel heiße, als „unvordenkliche Zeit" den ex officio von letzterer redenden Stellen noch namentlich folgende beigefügt worden:

1) l. 1. §. 23. D. de aq. et aq. pluv. (XXXIX. 3) — „si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere."

2) l. 2 pr. eod.:

„In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit, lex, natura loci, vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa."

---

1) Unter andern von Unterholzner, Verjährungslehre §. 140; von v. Savigny, System, Bd. 4. §. 197. not. p.

3) l. 26. D. eod.:

„Scaevola respondit, solere eos, qui juri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi jus non probaretur.“

Wir glauben die Wahrheit obiger Behauptung und somit auch ihre Consequenzen verabreden zu dürfen.

Vetus nämlich und *vetustas* sind, wie das Deutsche alt — Alter, unbestimmt allgemeine Begriffe. Ulpian, eine Definition derselben versuchend, muß, wie Gothofredus sagt, a remotione contrarii ausgehen: »vetus accipietur, quod non est novum« [1]). Dieser Unbestimmtheit halber ist nicht nur die rechtliche Bedeutung von vetustas im Besondern, sondern auch im Allgemeinen die sprachliche nur aus Analogie, Zusammenhang oder einem erläuternden Zusatz erkennbar [2]) und daher auch die Zeit, welche dieser Ausdruck juristisch in sich begreift, nach den Verhältnissen jedes einzelnen Falles zu bemessen.

Um letztere Behauptung gehörig zu begründen, haben wir zu erweisen, daß ein genau bestimmter durchgehends gleicher Zeitraum, als einziger Inhalt der vetustas in den Rechtsquellen nicht vorkomme und daß *vetustas* allein nicht Unvordenklichkeit bezeichne.

Ein fixer Zeitraum, als einziger Inhalt der vetustas ist nicht anzunehmen. Denn während z. B. in c. 2 Th. C. de long. temp. praescr. [3]) und in l. 7 C. de fund.

---

1) L. 11. D. de tritico vino (XXXIII. 6).

2) Cf. Forcellini s. v. vetus, vetustas.

3) — annorum 40 praescriptio, quam *vetustatem leges ac jura* nuncupare voluerunt, admittenda non est, cum actio personalis intenditur. Vergl. über leges ac jura v. Savigny a. a. O. Bd. 1. S. 51. Not. a.

rei privatae durch vetustas die *vierzigjährige*, in l. 11 C. de fund. patrim. die *dreißigjährige* Klagenverjährung ausgedrückt wird, steht in l. 1. C de servitt. vetustas der longi temp. consuetudo gleich.

Gleichbedeutend mit unvordenklicher Zeit ist vetustas ebnfalls nicht. Denn so oft dies der Fall sein soll, wird es durch ein erklärendes Prädikat angezeigt [1]). So heißt es in l. 2 de aq. et aq. pluv.: — fossa *vetus* esse — *nec memoriam exstare — quorum memoriam vetustas excedit.*

Welche Zeitgrenzen faßt nun vetustas in den drei angeführten Stellen in sich? Wir glauben, die gewöhnliche praescriptio der Servituten.

In der Stelle ad 1. spricht dafür der Zusammenhang; es heißt nämlich da sogleich: sane enim in servitutibus hoc idem sequimur, ut ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute, neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine vel ex jure impositam servitutem videatur. So betrachtet die Sache auch Nic. Rigaltius, observationes et notae [2]).

An dieses Fragment schließt sich in gleicher Weise das Gesetz ad 2. Schon aus dem Worte „servit“ läßt sich abnehmen, daß hier von den Dienstbarkeitsverhältnissen der

---

1) Zimmern und Neustetel, Untersuch. Band 1. Nr. V und VI.

2) In Goesius pag. 273. s. v. *vetustas longi temporis.* Ulpiani sententia est, si lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere. L. 1 §. ult. de aq. et aq. pluv. Et eleganter in eandem sententiam Frontinus lib. II. de aquaed. extremis paene verbis: negligentia longi temporis, deceptos, inquit, leniter revocari oportuit, itaque sedulo laboravimus, ut quantum in nobis fuit, etiam ignorarentur, qui erraverant. Errorem intelligi *longi temporis possessionem*, quae aliquo bonae fidei colore defendi potest et praescriptionem parit, generis humani patronam.

vicini die Rede ist, was zu beweisen, den nachfolgenden Blättern vorbehalten sein soll.

Es bleibt uns noch die Stelle ad 3 übrig. Sie steht in demselben Titel mit den beiden vorhergenannten. Die Worte »solere eos, qui juri dicendo praesunt« lassen schon auf »ductus aquae« [1]), als eine Wasserleitungsservitut schliessen. Denn wäre es etwas anderes, so gehörte es nicht, wie ebenfalls weiter unten ausgeführt werden soll, in das Bereich der jurisdictio, der Civilgerichtsbarkeit. Es ist übrigens in dem ganzen Titel nur von der servitus aquae ducendae die Rede, namentlich von ihrer Bestellung und was oben von den Servituten im Allgemeinen gesagt wird, wiederholt sich hier an einer speziellen Art derselben mit einfacheren Worten, als in l. 10 pr. si serv. vind., wo es heißt:

> si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non ei est necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos fore tot [2]) usum, non vi, non clam, non precario possedisse.

Wir dürfen demnach bei unserer Behauptung, daß in den angeführten drei Stellen vetustas nicht so viel bedeutet, als »tempus, cujus memoria non exstat«, sondern so viel, als »praescriptio longi temporis« stehen bleiben.

---

1) Durch diese Annahme glauben wir mit dem weiter unten (S. 60 ff.) aufgestellten Begriff von „ductus aquae" nicht in Widerspruch zu treten; denn ductus aquae ist hier eine (kraft einer Servitut errichtete) Privatwasserleitung, bei der, als concreter Sache, man auch den Ausdruck „tueri" brauchen konnte.

2) Daß „per annos fore tot" so viel heißt als l. t. praescriptio, ist dargethan durch v. Vangerow, Leitfaden Band I. S. 698 ff. Daselbst auch die übrigen Beweisstellen für unsere Ansicht.

Demnach bleiben für die Lehre von der unvordenklichen Zeit folgende Fragmente übrig:

I.

L. 3. §. 4. de aq. quot. et aest. (XLIII. 20)

Pomponius libr. 34 ad Sabinum.

Ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur.

Zur Erklärung dieser schwierigen Stelle, welche, wie wir schon im historischen Theile mehrfach angedeutet, die Lehre von der Unvordenklichkeit zu einer der strittigsten im Civilrechte gemacht, bedürfen wir vor Allem einer möglichst genauen Feststellung des Begriffs „*ductus aquae*", weil sich um ihn einestheils bisher fast alle divergirenden Ansichten gedrehet, weil aber auch anderntheils aus ihm erst das Verständniß des Ausdrucks »jure« gewonnen werden kann.

Was zuvörderst das Linguistische betrifft, so hat man bisher meistentheils ductus aquae für gleichbedeutend mit servitus aquaeductus genommen, also den concreten Begriff „Wasserleitung", »aquae ductio«[1]) mit dem Rechte, Wasser leiten zu dürfen, verwechselt. Gegen diese Annahme spricht nicht nur ein durchgehends gleichmäßiger Sprachgebrauch in den Werken der Römischen Schriftsteller[2]) und den Schriften der Agrimensoren[3]), sondern sie wird auch

---

1) Forcellini s. h. v.

2) Man vergl. u. A. Cic. Att. XIII. 6; off. II. 4. u. 17. Sueton. Octav. 37; Calig. 21; Claud. 20; Plin. ep. V. 6. Vitruv. architect. VIII. 7.

3) Sic. Flaccus de cond. agr. pag. 9 u. 18 (in Goesius rei agr. auctt. Amstelodami (1674) das. Seite 354. Besonders noch Sexti Jul. Frontini de aquaeductibus urbis Romae comm. (in ejus operibus, studiis societatis Bip. Bipontii 1788).

durch die klarsten Gesetze des corp. jur. Just. widerlegt [1]). Zugegeben muß allerdings werden, daß die Quellen des Römischen Rechts zwischen ductus aquae und aquaeductus insofern nicht streng unterscheiden, als sie beide Bezeichnungen abwechselnd für unser Deutsches „Wasserleitung" gebrauchen [2]), also durch jene, um mit Schelling [3]) zu reden, „prägnant gerade das äußerlich Hervortretende" bezeichnen. Sobald sie aber von dem unkörperlichen Rechte der Dienstbarkeit reden, bedienen sie sich meist des Ausdrucks servitus aquaeductus oder schlechtweg aquaeductus, wie ja auch meist bei den übrigen Servituten z. B. statt servitus ususfructus, aquaehaustus, blos ususfructus, aquaehaustus, gebräuchlich ist [4]). Identisch mit diesen Bezeichnungen sind auch mitunter die Ausdrücke jus aquae, usus aquae [5]), nie aber ductus ductus aquae [6]). Bestärkend für unsere Ansicht sind vorzüglich die Stellen, welche offiziell von der servitus aquaeductus reden. So wird in pr. J. (II, 3) und l. 1. pr. i. f. D. (VIII, 3) folgende Definition derselben gegeben: »*Aquaeductus* est jus aquam ducendi per fundum alienum.«

---

1) Die Theorie Unterholzner's, wonach ductus aquae mit „Abzugsgraben" übersetzt werden soll, wird weiter unten ihre Widerlegung finden.

2) Man sehe hierüber die Titel der Pand. de serv. pr. rust. (VIII, 3); de aqua quot. et aest. (XLIII, 20); des Cod. de serv. et aqua (III, 34) de aquaeductu (XI, 42).

3) Lehre von der unvord. Zeit. S. 26.

4) L. 1. D. de usu et ususfr. (XXXIII, 2); l. 12. D. de pignor. (XX, 1); l. 10 §. 1 D. quemadmod. serv. am. (VIII, 6).

5) L. 37 D. de serv. pr. rust. (VIII, 3); l. 8 D. de aq. et aq. pluv. (39, 3); l. 47 D. de contrah. emtione (XVIII, 1); l. 48. l. 49 eod.

6) L. 34 §. 1 D. de serv. pr. rust. (VIII, 3).

Kann man nun, die gewohnte Präcision der Römischen Juristen beachtend, diesen sprachlichen Unterschied mit ziemlicher Gewißheit im Allgemeinen annehmen, so wollen wir den aufgestellten Begriff von ductus aquae für den Fall der l. 3. §. 1 cit. als den einzig möglichen durch nachstehende Entwickelung zu rechtfertigen und zu begründen suchen [1]).

Soll in der angeführten Stelle ductus aquae die Wasserleitungsservitut bedeuten, so sind nur folgende zwei Fälle möglich [2]):

1) entweder ist es die zwischen den unmittelbaren Anliegern eines öffentlichen Flusses und den entferntern Grundbesitzern oder:

2) die zwischen dem Grundherrn und seinen Nachbaren wegen der auf jenes Grund und Boden befindlichen Quelle constituirte Servitut.

Beide Fälle involviren die Nothwendigkeit einer Berechtigung zur Wasserleitung; jeder jedoch in verschiedener Weise, rücksichtlich welcher auch das Römische Recht verschiedene durchgreifende Bestimmungen enthält.

Um den Fall ad 1 zuvörderst zu betrachten, so war im Allgemeinen das Recht, aus einem nicht schiffbaren Flusse Wasser zu leiten, ein gemeines Recht Aller [3]). Für die unmittelbaren Anlieger des Flusses galt nur die

---

1) Häufiges Citiren zu vermeiden, verweisen wir hierbei überhaupt auf von Savigny, System des heutigen Röm. Rechts. 4ter Band §. 197.

2) M. vgl. hierüber und über das Folgende: Elvers, Recht des Wasserlaufs. Göttingen 1841.

3) L. 2. D. de flum. (XLIII, 12); l. 3. §. 2. D. de aq. quot. et aest. (XLIII, 20)

polizeiliche Beschränkung, daß durch die von ihnen zu machenden Wasserleitungen der gemeine Gebrauch des Flußufers und die Gerechtsame der Umwohner nicht gefährdet werde [1]).

Die entfernteren Grundbesitzer geniessen dasselbe Recht; bedürfen daher zur Benutzung des Flußwassers zum Behuf der Viehtränke, des Schöpfens oder der Ableitung keiner besonderen Befugniß. Um aber über die Grundstücke der Anwohner an den Fluß kommen oder von diesem aus über jene Wasser leiten zu wollen, haben sie vorher die Erlaubniß eben dieser Anlieger einzuholen. Zu diesem Zwecke wird daher entweder die Personal- oder Realservitut des iter ad flumen oder des iter aquae constituirt [2]).

Damit aber eine solche Wasserleitung des öffentlichen Prätorischen Interdicten-Schutzes theilhaftig werde und als jure constitutus erscheine, braucht sie nur im laufenden Jahre *nec vi nec clam nec precario* benutzt und *ex capite* gemacht zu sein [3]).

Gehen wir zu dem Fall ad 2. über.

Während wir im eben entwickelten Falle nur von der Gestattung eines Weges über das Grundstück eines Dritten zur Benutzung des Wassers aus einem öffentlichen Flusse zu reden hatten, tritt uns hier die Frage entgegen: was ist Rechtens bei der Benutzung des Wassers einer auf dem Grundstücke eines Dritten befindlichen Quelle?

Es liegt im Interesse des Eigenthümers einer Quelle,

---

1) L. 17. D. de serv. pr. rust. (VIII, 3); l. 1. §. 4. D. ne quid in flumine publ (XLIII, 13).

2) L. 17. §. 4. D. de aq. et aq. pluv. arc. (XXXIX, 3); l. 3. §. 3. D. de serv. pr. rust. (VIII, 3).

3) L. 1. pr. §. 7, 8, 12. D. de aq. quot. et aest. (XLIII, 20)

seinen Nachbaren jure servitutis eine Wasserleitung zu gestatten, weil nur hierdurch die Eigenthümer der anliegenden Grundstücke verpflichtet werden, die Quelle durch Suchen nach Wasser, Brunnengraben oder Durchstechen der Adern nicht zu beeinträchtigen [1]). Dieses von einem dominus fundi einem Nachbaren ertheilte jus aquam ducendi bildet den Inhalt der servitus aquaeductus [2]), verschieden von dem iter aquae, der aus fremdem Wasser über unser Grundstück verstattet wird. Diese servitus aquaeductus steht unter den rechtlichen Grundsätzen über die Servituten überhaupt und namentlich unter denen über die serv. pr. rust. Um sich aber des prätorischen Servitutenschutzes zu erfreuen, mußte nach der vollen Strenge des Civilrechts die Wasserleitung aus stets fliessendem Wasser (aqua perennis) und ex capite, d. h. dem Punkte, wo das Wasser der Erde entquillt, construirt werden [3]), in welcher Rücksicht das neueste Recht freilich milder war [4]).

Wo nun eine solche rechtliche Bestellung der Wasserleitungsservitut nicht nachgewiesen und die servitus nicht für eine jure constituta angesehen werden konnte, da vertrat ein fehlerfreier Besitz seit bestimmten Jahren die Stelle rechtlicher Constitution.

Bekanntlich hob die lex scribonia die usucapio servitutis auf und ließ nur noch die usucapio libertatis be-

---

1) L. 1. §. 12. D. de aq. et aq. pluv. arc. (XXXIX, 3); l. 21. D. eod.; l. 24. § 12.; l. 26. D. de damno inf. (XXXIX, 2).

2) L. 1. pr. i. f. D. de serv. pr. rust. (VIII, 3); l. 8. D. de aq. et aq. pluv. (39, 3).

3) L. 1. §. 5, 6. D. de aq. quot. et aest. (XLIII, 20); l. 1. §. 7, 8 eod.; l. 2. D. comm. pr. (VIII, 4).

4) L. 2. cit.

stehen [1]). Als später die usucapio überhaupt in die praescriptio longi temporis aufging und eine Verjährung der Servituten unabweisbares Bedürfniß geworden war, ließ man auch für diese die Regel gelten: wer eine Servitut 10 oder 20 Jahre, also während eines longum tempus ausgeübt, wird angesehen, als ob sie ihm jure bestellt worden sei, vorausgesetzt, daß die quasi possessio nec vi nec clam nec precario begonnen habe. Für die Wasserleitungsservitut finden wir dies, so wie für mehre Prädialservituten namentlich ausgesprochen, was wohl zu dem Schlusse berechtigt, daß es sich auf alle Prädialservituten bezogen habe. Für die Personalservituten, meist vorübergehender Natur, mag diese Ersitzung nicht so sehr Bedürfniß gewesen sein, litt aber auf sie gewiß auch in vorkommenden Fällen Anwendung [2]).

Außer dieser Verjährungsart kannte das Röm. Recht keine andere für Servituten, am wenigsten das, was die Neueren unvordenkliche Verjährung nennen und der Satz: ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur, kann sich daher auch keineswegs auf die servitus aquaeductus so wenig, als auf den sub 1 erwähnten iter aquae beziehen.

Man hat nun, um einen vermeintlichen Rechtswiderspruch zu heben, verschiedene Interpretationen der l. 3. §. 4 cit. versucht, von denen viele schon im historischen

---

1) L. 4. §. 29. D. de usurp. (XLI, 3); l. 14. pr. D. de servit. (VIII, 1).

2) Man sehe über das Gesagte l. 12. i. f. C. de praescr. longi temp. (VII, 33); l. 10 pr. D. si serv. vind. (VIII, 5); l. 1. §. 23 de aqua et aq. pluv. (XXXIX, 3); l. 1. C. de serv. (III, 34); l. 2. eod.; l. 5. §. 3. D. de itinere (XLIII, 19); v. Savigny a. a. O. §. 197; v. Vangerow, Leitfaden Bd I. S. 698 ff.

Theile angeführt sind. Wir heben hier nur die wichtigsten, auch in der Praxis gangbar gewordenen, hervor.

1) Nach der Meinung Einiger soll Unvordenklichkeit erforderlich sein, wenn eine Servitut einen fehlerhaften Anfang gehabt. — Das Irrige dieser Meinung ergiebt sich von selbst schon daraus, daß bei einem bekannten Anfang von Unvordenklichkeit nicht die Rede sein kann.

2) Nach andern tritt Unvordenklichkeit ein, wenn der quasi possessor servitutis keinen rechtmäßigen Titel als Anfangsgrund des Besitzes anführen kann. Auch diesem muß widersprochen werden, weil, wie oben gesagt, nicht ein positiver Titel, sondern nur die negativen Requisite (nec vi nec clam nec precario) zum rechtmäßigen Anfang einer Servitut gehören.

3) Mehr als irgend eine andere Ansicht hat, wie die fortgehende Entwickelung unserer Lehre in den verschiedenen Zeiträumen zeigt, die Einfluß auf die Praxis erlangt, daß praescriptio longi temporis dann genüge, wann die servitus aquaeductus als *continua* d. h. bei der aqua quotidiana bestellt sei; tempus immemoriale aber erforderlich sei, wann diese Servitut die Natur einer discontinua, also einer nur für den Sommer, den Winter oder für bestimmte Stunden des Tags oder der Nacht constituirten Wasserleitung habe. Diese schon von den Glossatoren aufgestellte Theorie hat auch bedeutend auf die Verjährung der Deutschen Reallasten, meist nach Römischer Servitutenverjährung beurtheilt, influirt. Während aber viele Deutsche Gerichtshöfe sich in ihren Entscheidungen zu ihr bekannten, wurde sie in andern als unhaltbar verworfen [1]).

---

1) Man s. hierüber, außer den vielen im historischen Theil angeführten Consilien, Responsen 2c. noch besonders Pfeiffer, pract. Abh. Bd. 2. S. 116 ff.; Pufendorf, observ. I. 32. §. 20.

Den letzteren glauben auch wir unbedenklich beitreten zu können. Denn abgesehen davon, daß die bedeutendsten Prädialservituten (jus pascui etc.) discontinuae sind und demgemäß die Wirksamkeit des tempus imm. nicht so singulär sein würde, kennt das Röm. Recht diesen Unterschied nicht. „Duo autem genera sunt aquarum; est quotidiana, est et aestiva; quotidiana ab aestiva *usu* differt, non jure“ [1]). Man hat nun endlich:

4) namentlich seit Cujacius, dem noch Schelling a. a. O. S. 16 beitritt, den praktisch freilich unwichtigen Unterschied gemacht, daß durch praescr. longi temp. nur eine utilis actio, durch temp. imm. eine actio directa erworben würde. Die Gesetze wissen hiervon Nichts. Die Stellen, welche man zur Begründung dieser Ansicht anführt, reden zwar implicite neben einer actio utilis auch von einer actio directa, aber keineswegs mit Rücksicht auf Unvordenklichkeit. Die mehrfach angeführte l. 10. pr. D. (VIII, 5) [2]) dürfte nämlich so zu verstehen sein: kann Jemand beweisen, daß er nec vi nec clam nec precario eine Servitut während eines longum tempus besessen [3]), so geben ihm die Gesetze, ohne daß er eines positiven Rechtstitels bedürfte, eine utilis

1) L. 1. §. 3. D. de aq. quot. et aest. (XLIII, 20); l. 6. D. eod.; l. 15. D. de serv. pr. rust. (VIII, 3); l. 10. §. 1. D. quemadm. serv. amitt. (VIII, 6).

2) Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed *utilem habet actionem*, ut ostendat, per annos fore tot usum se non vi, non clam non precario possedisse.

3) Daß die Worte „per annos fore tot“ vom longum tempus zu verstehen, darüber s. man v. Vangerow a. a. O. und v. Savigny a. a. O.

actio confessoria. Hat er aber überdies einen solchen für sich [1]), so erhält er die actio confessoria directa.

Man pflegt hierbei noch zu erwähnen, daß eine während eines longum tempus besessene Wasserleitungsservitut sich nur des Prätorischen Schutzes erfreue, während eine innerhalb Menschengedenkens ausgeübte nach voller Strenge des Civilrechts bestehe; eine Ansicht, die sich durch die vorhergehende Deduction hinlänglich widerlegt.

Aus der bisherigen durch Quellenzeugnisse reichlich unterstützten Entwickelung dürfte sich nun wohl ergeben haben, daß sowohl in der l. 3. §. 4 cit. von einer servitus aquaeductus nicht die Rede sein kann, als auch daß die genannten Versuche die Sache nicht erschöpft haben.

Wir wollen daher die angeführte Stelle durch nachfolgende Betrachtung ins Klare zu bringen suchen [2]).

Es gab in Rom außer den Privatwasserleitungen noch eine andere Art derselben, die sogenannten öffentlichen Wasserleitungen, aquaeductus publici. Theils das Bedürfniß und die Lage der Stadt, theils die Prachtliebe und Verschwendungssucht der Römer riefen diese in solch großartigem Umfange hervor, wie wir sie jetzt kaum mehr kennen und deren wenige noch sichtbaren Reste noch heut unsere Bewunderung in Anspruch nehmen. Eben deßhalb war es

---

1) Z. B. wenn der ususfructus eines Aquäducts Jemanden legirt oder der Aquäduct Jemanden verpfändet ist, l. 1. D. de usu et usufr. (XXXIII, 2); l. 12. D. de pignor. (XX, 1). Elvers a. a. O. S. 41.

2) Die durch nachfolgende Entwickelung zu begründende Ansicht ist, wie Savigny a. a. O. §. 197. n. Z. sagt, dem Grundgedanken nach nicht neu, aber wegen der im historischen Theile vielfach angedeuteten Mißverständnisse, trotz dem sie nebenbei schon von der Glosse aufgestellt wird, ist sie nie zur klaren Anschauung gebracht worden.

möglich und nothwendig, daß sich in Rom über diese Art der Aquädukte ein so reichhaltiges System ausbildete. Wir kennen dasselbe theils aus zerstreuten Bemerkungen der Römischen Schriftsteller, theils aus den oben erwähnten scriptores rei agrariae und den Justinianischen Rechtssammlungen, vor allem aber durch Sextus Julius Frontinus [1]), der unter Nerva curator aquarum war. Nicht unwichtige Materialien zur Vergleichung bieten hierbei die aus der Zeit des Eindringens des Röm. Rechts in Deutschland herstammenden und meist auf Römischrechtlichen Grundsätzen fußenden Statute mancher Italischer Städte.

Wir entnehmen diesen Quellen für unsern Zweck folgende Resultate.

Die öffentlichen Aquädukte waren rücksichtlich des Zwecks, der Bauart und rücksichtlich der Bauenden verschiedener Natur. Es gab nämlich unter andern solche, die mittelst fornices in die Stadt geführt wurden [2]) und dem Wassermangel abhelfen sollten [3]); dann auch solche, die rein der Sinnen- und Schaulust dienten, unter denen vorzüglich die unter dem Namen Nymphaea bekannten zu nennen sind [4]). Meistentheils bauete sie der Staat, aber auch reiche Privatleute unternahmen oft solche höchst kostspielige Bauten [5]).

Alle diese öffentlichen Aquädukte, sie mögen Namen

---

1) De aquaeductibus urbis Romae comm. (in der oben angef. Sammlung).

2) Wie z. B. die aqua Trajana (vgl. Vaillant Num. Imp. p. 47).

3) Die aqua Claudia, Curtia, Trajana (vgl. Sueton. Octavian. 37, Claud. 20, Calig. 21.)

4) L. 5, 6 C. de aquaeduct. (XI. 42). Jos. de bello Jud. I. 16.

5) Seneca, nat. quaest. III. 17 und praef. lib. I. de tranq. animi I. Plin. ep. V. 6.

haben wie sie wollen, waren, wie die **viae publicae, aedificia, pascua publica** ꝛc. Eigenthum des Staats und standen unter seiner Obhut [1]), daher denn an denselben unter etwaigen polizeilichen und staatswirthschaftlichen Beschränkungen **cuilibet ex populo** ein **usus publicus** freistand. Stets wurden sie auf jede mögliche Weise aufrecht erhalten, so daß, obgleich bei den nicht schiffbaren Flüssen eine Beschränkung der Wasserbenutzung im Allgemeinen nicht da war, doch auch hier der **usus communis** untersagt wurde, so bald das Wasser für öffentliche Aquädukte gebraucht wurde [2]). Eine ähnliche Begünstigung **resp.** Rechtsstrenge trat auch dann ein, sobald es sich um Reinigung und Wiederherstellung derselben handelte, wovon die bei **Frontinus** aufbewahrten **SCta** den sprechendsten Beweis liefern. Durch letztere ward unter andern vorgeschrieben, daß bei Erneuerung der ältern Aquädukte von den nächsten Grundstücken gegen eine angemessene Entschädigung das erforderliche Material genommen werden konnte [3]); daß ferner sowohl bei den Quellen, Bogen und Mauern, als auch bei den unterirdischen Wasserwegen innerhalb und außerhalb der Stadt ein passender Raum, rechts und links von allen anstoßenden Gebäuden, Pflanzungen, u. s. w. gelassen werden mußte [4]). Dieser Raum und wenn »**difficilior possessor in parte vendenda**« war, das ganze Grundstück wurde von den jeweiligen Eigenthümern erstanden und der nicht brauchbare Rest wieder verkauft. Damit die, welche letzteren käuflich

---

1) **L. 9 C. de aquaeduct. (XI, 42); l. 2. D. de flum. (XLIII, 12); l. 18. D. de aq. et aq. pluv. (XXXIX, 3).**

2) **L. 2. D. cit.**

3) **Front. l. c. c. 127 (p. 259).**

4) **Ibid. c. 128.** Man vgl. noch im Allgem. **Reines. Inscr. VII, 7. Briss. form. II, 81.**

an sich brachten, nicht, wie oft geschah, sich an die Aquädukte vergriffen, erschien (755 a. u. C.) als Strafgesetz die lex Quintia [1]). Constantin sicherte den Grundbesitzern, durch deren Besitzungen die öffentlichen Wasserleitungen gingen, Freiheit von allen öffentlichen Lasten unter der Bedingung, daß jene die Reinigung derselben übernähmen [2]).

So wie man aber die Privatinteressen derer, welche durch diese öffentlichen Aquädukte irgendwie benachtheiligt erschienen, durch das interdictum ne quid in loco publico fiat schützte [3]), ja sogar im Falle einer wirklichen Bedrohung denselben eine actio legitima auf cautio damni infecti gab [4]); so handhabte man aber auch auf der andern Seite eine außergewöhnliche Strenge, sobald eine aus einem öffentlichen Aquädukt zu veranstaltende Privatwasserleitung in Frage stand.

So wie man am ager publicus in ältester Zeit privatis eine possessio zugestand [5]), so auch an der in aquaeductibus publicis befindlichen aqua publica. Durchgreifender Grundsatz hierbei war, daß diese Assignation des öffentlichen Wassers zum Zweck einer Privatwasserleitung nur vom Kaiser geschehen konnte [6]).

---

1) Frontinus l. c.

2) L. 1. C. de aquaeduct (XI, 42).

3) L. 2 §. 5. D. ne quid in loco publ. (XLIII, 8): „ad ea igitur loca hoc interdictum pertinet, quae publico usui destinata sunt, ut si quid illic fiat, quod privato noceret, Praetor intercederet interdicto suo.“

4) L. 5. D. eod „Si per publicum locum rivus aquaeductus privato nocebit, erit actio privato ex lege XII tabularum, ut noxa domino caveatur.

5) Niebuhr, Röm. Geschichte. 2te Aufl. II. S. 146 ff. v. Savigny, Recht des Besitzes. 5te Aufl. S. 175. ffg.

6) L. 1. §. 41, 42 de aq. quot. et aest. (XLIII, 20). Permit-

In der ältesten Zeit, in der man mit der Concession von Privatwasserleitungen aus öffentlichen Aquädukten minder freigebig war, gehörte das jus aquae dandae zwar auch zu den officia publica und konnte nur von einer persona publica eingeholt werden, war aber nicht an eine bestimmte Obrigkeit gebunden [1]).

titur autem aquam ex castello vel ex rivis vel ex quo alio loco publico ducere. — *Idque a principe conceditur, alii nulli competit jus aquae dandae* l. 18. §. 1. de aq. et aq. pluv. arc. (XXXIX, 3) *Sine permissu principis* aqua per viam publicam duci non potest. Frontinus l. c. pag. 196 Circa jus ducendae aquae in privatis haec observanda sunt, ne quis *sine litteris Caesaris*, id est, ne quis aquam publicam non impetratam et ne quis amplius, quam impetravit, ducat. Cf. l. 14. §. 2. de servitt. (VIII, 1).

1) Frontinus l. c. p. 157 seq: apud antiquos omnis aqua in usus publicos erogabatur; cautum ita fuit: ne quis privatus aliam ducat, quam quae ex lacu humum accedit; — id est, quae ex lacu abundavit, eam nos *caducam* vocamus. Et haec ipsa non in alium usum, quam in balnearum aut in fullonicarum dabatur, eratque vectigalis statuta merces, quae in publico venderetur; aliquid et in domos principum civitatis dabatur, concedentibus reliquis. *Ad quem autem magistratum jus dandae vendendaeve aquae pertinuerit, in iis ipsis legibus variatur.* Interdum enim ab Aedilibus, interdum a Censoribus permissum invenio: sed apparet, quoties in republica Censores erant, ab illis potissimum petitum; cum ii non erant, Aedilium eam potestatem fuisse. — Tutelam autem singularum aquarum locari solitam invenio; positamque redemtoribus necessitatem, certum numerum circa ductus extra urbem, certum in urbe servorum opificium habendi et quidem ita, *ut nomina quoque eorum, quos habituri essent in ministerio per quasque regiones, in tabulas publicas deferrent: eorumque* operum probandorum curam fuisse penes censores, aliquando et Aediles.

Primus M. Agrippa post aedilitatem, quam gessit consu-

Erst die Kaiser nahmen mit so vielem Andern auch dieses Recht kraft der censoria potestas in Anspruch. Und indem sie den öffentlichen Aquädukten ihr vorzügliches Augenmerk widmeten, ließen sie sich bei Verleihung des jus aquae an Privaten häufig durch Willkühr und Laune, noch mehr aber durch Pracht und Bequemlichkeitsliebe leiten [1]). Sie sahen aber auch mit vieler Consequenz darauf, daß durch Privatwasserleitungen die »fistulae matrices« nicht beeinträchtigt würden [2]), und von dem für die Aquädukte genehmigten Budget durften die praefecti urbis, bei Strafe des Ersatzes aus eigenen Mitteln, Nichts zu andern Zwecken verwenden [3]).

Wer nun den Consens zu einer Privatwasserleitung aus einem öffentlichen Aquädukte haben wollte, überreichte dem Kaiser preces suas de divinis apicibus de sacro epistolarum scrinio edendis. Die litterae, den Brief, welchen er dann im Falle der Gewährung vom Kaiser erhielt, brachte er dem jeweiligen curator aquarum, welcher ihn in die Register für die öffentlichen Aquädukte eintrug [4]) und dem Bittsteller das gehörige Wassermaas zuwies.

---

laris, operum suorum et munerum velut perpetuus curator fuit; qui jam copia permittente descripsit, quid aquarum publicarum *publicis operibus*, quid lacubus, quid *privatis* darent.

1) L. 6. C. de aquaeductu (XI, 42).

2) L. 3. C. eod.

3) L. 8. C. eod.

4) L. 5. C. de aquaeductu (XI, 42) Si quis per *divinam liberalitatem* meruerit jus aquae: non viris clarissimis rectoribus provinciarum, *sed tunc* (sc. P. P.) *praecellentissimae sedi caelestes apices intimare debebit*: — — et amplissima tua sede dispositura, — — quid his personis, quibus *nostra serenitas indulsit*, ex aqua superflua debeat impartiri. L. 11. C eod. — — quatenus nemo vel in sacratissima civitate vel in provinciis *sine divinis*

Regelmäßig geschah die Verleihung nur ex castellis d. h. den Hauptwasserbehältern, in denen sich das Wasser eines Aquäducts sammelte [1]).

Wer ohne kaiserlichen Consens oder wer auf anderem, als dem vom curator vorgezeichneten Weg aus einem aquaeductus Wasser leitete, zog sich strenge Verantwortlichkeit zu [2]).

Fassen wir das Gesagte zusammen, so dürfen wir wohl

---

apicibus de sacro epistolarum scrinio more solito edendis et judicio tuae celsitudinis, *vel aliis, quorum interest,* intimatis vel intimandis *aquam de publico aquaeductu seu fonte* trahere permittatur. —

Frontinus l. c. pag. 196. Circa jus ducendae aquae in privatis haec observanda sunt, ne quis *sine litteris Caesaris* aquam publicam non impetratam et ne quis amplius, quam impetravit, ducat. Ita enim efficiemus, ut modus, quem acquiri diximus, possit ad novos salientes et ad nova *principis beneficia* pertinere.

Qui aquam in usus privatus deducere velit, *impetrare eam debebit et a principe epistolam ad curatorem afferre.*

L. 14. §. 2. D. de servit. (VIII, 1) Publico loco interveniente vel via publica haustus servitus imponi potest, aquaeductus non potest; *a principe* autem peti solet, ut per viam publicam aquam ducere sine incommodo publico liceat.

1) L. 1. §. 41 D. de aq. quot. et aest. (43, 20); l. 2. C. de aquaed. (XI, 42); Front. l. c. pag. 196.

2) L. 2. C. cit. Si quis de caetero vetiti furoris audacia florentissimae urbis commoda voluerit mutilare, aquam ad suum fundum ex aquaeductu publico derivando, sciat eundem fundum fiscalis tituli praescriptione signatum, privatis rebus nostris aggregandum. L. 3.; l. 10. C. eod. Frontinus l. c. p. 196. Agri vero, qui aqua publica *contra legem* essent irrigati, publicabantur. Ibid. pag. 199. Impetratam aquam alio, quam in ea praedia, in quae data erat aut ex alio castello, quam ex quo epistola principis continebit, duci, palam est non oportere, sed et mandatis prohibetur.

mit Gewißheit annehmen, daß, wer aus einem öffentlichen Aquädukte eine Privatwasserleitung veranstalten wollte, hiezu einer *concessio* oder *lex* (dieses Wort in allgemeinster Bedeutung gefaßt) *specialis*, eines *privilegii* im engern Sinne[1]) bedurfte.

Wie man aber einestheils ein solches beneficium möglichst selten Privaten zu Theil werden ließ und, im Falle man es that, dasselbe durch erschwerende Vorschriften umzäunte: so ließ man anderntheils, außer den schon oben angeführten Vorrechten, auch das der unvordenklichen Zeit eintreten[2]). Theils die Billigkeit, theils die Nothwendigkeit scheint ihr vorzüglich in folgenden zwei Fällen besondere Wirksamkeit beigelegt zu haben.

Der princeps nämlich assignirte die aqua publica zum Behuf der Privatwasserleitung theils Grundstücken theils Personen[3]) oder, wie wir sagen würden, er verlieh zu diesem Zwecke theils Real= theils Personalprivilegien. Bei diesen erlosch das Recht mit dem Tode des Inhabers, nicht aber auch bei jenen[4]). Es wurde bei diesen Realprivilegien der Name des Grundeigenthümers in die öffentlichen Register der Aquädukte eingetragen. Derjenige, auf welchen das Grundstück kraft irgend eines beliebigen rechtmäßigen Titels

---

1) Kierulff, Theorie des gem. Civilr. Bd. 1. S. 47.

2) Front. l. c. c. 128 seq.: majores nostri, admirabili aequitate, ne ea quidem eripuerunt privatis, quae ad modum publicum pertinebant.

3) L. 1. §. 43 de aqua quot. et aest. (XLIII, 20) Et datur *interdum praediis, interdum personis.*

4) L. 1. §. 43 cit.: quod praediis datur, extincta persona non extinguitur; quod datur personis, cum personis amittitur; ideoque neque ad alium dominum praediorum neque ad haeredem vel qualemcunque successorem transit.

überging, konnte ohne Weiteres zur Fortsetzung des dem Grundstücke assignirten Aquädukts die Eintragung seines Namens in die bezeichneten Register als ein Recht verlangen [1]).

Immer nun, namentlich aber in späteren Zeiten Rom's, als die Aufsicht über die Aquädukte minder streng war und mit so vielem auch die Ordnung für diese nicht so genau gehandhabt wurde, konnten sehr leicht folgende zwei Fälle eintreten:

1) Die Successoren eines zu einem Aquädukt nur für seine Person Berechtigten, bleiben, ohne um Erneuerung des Privilegs nachgesucht zu haben, viele Generationen hindurch im ruhigen Besitze der Derivation.

2) Die Successoren eines durch ein dem *praedium* verliehenes Privileg zum Aquädukt berechtigten Grundeigenthümers bleiben, ohne die erneuerte Eintragung ihres Namens in die Register des Aquädukts erwirkt zu haben, viele Generationen hindurch im ruhigen Besitze der Derivation.

In beiden Fällen bestand eine Derivation ohne obrigkeitliche Erlaubniß. Da bildete sich nun, weil man überhaupt Collision mit Privaten möglichst zu vermeiden, ihre Gerechtsame durchschnittlich, wie oben mehrfach erwiesen, nach Kräften aufrecht zu halten suchte, der Rechtssatz aus:

wo Jemand eine Wasserleitung besitzt, deren Anfang keinem der jetzt lebenden Generation bekannt ist, die also

---

1) L. 2. §. 43. cit. Plane ei, ad quem dominium transit, impetrabile est; nam si docuerit, praediis suis aquam debitam et si nomine ejus fluxisse, a quo dominium ad se transiit, indubitate impetrat jus aquae ducendae; nec est hoc beneficium, sed injuria, si quis forte non impetraverit.

über Menschen Gedenken hinausreicht, da soll er so angesehen werden, als ob er sie *jure* erworben.

Wir interpretiren diesemnach die l. 3. §. 4 cit. folgendermaßen:

„ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur“

eine aus einem öffentlichen Aquädukt veranstaltete Wasserleitung, deren Anfang menschliches Gedenken übersteigt, wird angesehen, als ob sie nach der vollen Strenge des Rechts, d. h. durch spezielle Erlaubniß constituirt worden wäre.

Hiefür sprechen nicht nur die deutlichsten Zeugnisse der oben angeführten Quellen [1]) und mehre ebenfalls in's

---

1) In Goesius cit. Hyginus de condit. agr. p. 354. Quicquid agri, delubris sepulcrisve *publicis*, quicquid soli, itineri, viae, actui, ambitui *ductuique aquarum* publicis utilitatibus ante hanc legem latam servierit, *eodem jure eademque conditione, qua olim fuit, maneto;* daselbst Sic. Flaccus de condit. agr. p. 18. Ideo vero auctores divisionis assignationisque leges quasdam colonis describunt, ut qui agri — *ductusque aquarum*, qui publicis utilitatibus servierint ad id usque tempus — *in eadem conditione essent, qua ante fuerunt.*

L. 4. C. de aquaeductu (XI, 42) Usum aquae veterem longoque dominis constitutum singulis civibus manere censemus nec ulla novatione turbari: ita tamen, ut quantitatem singuli quam veteri licentia percipiunt, *more usque in praesentem diem perdurante* percipiant, mansura poena in eos, qui ad irrigationes agrorum vel hortorum delicias furtivis aquarum meatibus abutuntur.

L. 9. cod. — — et quod publicum fuit aliquando, minime fit privatum, sed ad communes usus recurrat: sacris oraculis vel pragmaticis sanctionibus adversus commoditatem urbis quibus impertitis, jure cassandis nec *longi temporis praescriptione ad circumscribenda civitatis jura profutura.*

öffentliche Recht gehörende analoge Stellen [1]), sondern es erweis't sich dies auch aus dem Zusammenhang der weiter unten zu entwickelnden, von Unvordenklichkeit redenden Fragmente mit unserer l. 3. §. 4 cit.; so wie endlich auch aus einer Vergleichung dieser lex mit den ihr unmittelbar vorhergehenden und folgenden Fragmenten.

Ein Blick auf die Statute mancher Italischer Städte, namentlich die statuta civitatis Mediolanensis [2]), genügt,

---

1) L. 2 C. de fundis limitrophis (XI, 59). Quicunque *castellorum loca* quocunque titulo possident, cedant ac deserant: quia tantum fas est possidere castellorum territoria, *quibus adscripta sunt et de quibus judicavit antiquitas.* —

L. 20 C. de agricolis (XI, 47) Litibus imponentes celeritatem, sancimus, si quando coloni cujuscunque conditionis contra dominos terrae declamaverint, super hoc ipso dubitantes, utrum is terrae dominus sit necne: an ipsi coloni dominium suae terrae possident (*eos tamen dicimus, qui non ex longo prolixoque tempore vel longinqua et inveterata redituum susceptione sufficientem habent cantelam:* in quibus casibus ne contradicendi quidem licentia colonis relinquitur, longi temporis praescriptione vel redituum frequentissima consequentia colonorum impeditum excludente) talem esse super redituum vel publicarum functionum etc. etc.

L. 1. C, de pascuis publicis et privatis (XI, 60) — — quare excellens auctoritas tua conventis provinciarum rectoribus non eam licitationis necessitatem patiatur inferri, quam repentinam faciunt civitates, sed eam manere decernet, *quam statuit antiquitas.*

L. 4. C. de mancipiis (XI, 62) Super patrimonialium refectione fundorum dudum nostris est legibus constitutum, ut hi qui eos colentes, solum eorum verterant: nunc ad alia se loca dirigentes, nunc ad militiam convolantes, ad *avitas conditiones* et *propria jura* revocentur.

2) S. Elvers a. a. O. S. 187 ff.

um das Fortleben der dargestellten Römischrechtlichen Grundsätze in neuerer Zeit wieder zu erkennen.

An dieser unserer Ansicht glauben wir demnach umsomehr festhalten zu können, als dadurch nicht allein die l. 3. §. 4. cit. von jedem verwirrenden Conner mit der Servitutenverjährung befreit, sondern dieselbe auch uns, bei der Mängelhaftigkeit und Falschheit der erwähnten, in diesem Mißverständniß befangenen Theorien, der einzige Weg zu sein scheint, der aus dem Gewirre der Meinungen zum Ziele führen kann. —

II.

Die noch zu erläuternden, von Unvordenklichkeit handelnden Stellen des Römischen Rechts, stehen theils unter sich, theils mit der so eben verlassenen l. 3. §. 4 rücksichtlich der darin ausgeprägten Prinzipien in unverkennbarem Zusammenhange.

Die jetzt zunächst in Betracht zu ziehenden Fragmente gehören mit zu den agrarischen Streitpunkten, welche Frontinus in seiner Schrift [1]) de limitibus agrorum als das fac totum aller agrimensorischen Arbeiten aufzählt. „Ut potui ergo comprehendere, sagt derselbe pag. 39, genera sunt controversiarum numero quindecim: de positione terminorum, de rigore, de fine, de loco, de modo, de proprietate, de possessione, de alluvione, de jure territorii, de subsecivis, de locis publicis, de locis relictis

1) Nach Niebuhr's (R. G. 2te Ausg. II. S 695) Aeußerung „die einzige unter denen der Agrimensoren, welche zu den classischen gezählt werden kann und mit wahrer Rechtswissenschaft geschrieben ist." (Sie befindet sich in Goesius cit.)

et extraclusis, de locis sacris et religiosis, *de aqua pluvia arcenda*, de itineribus.«

Hatten wir unter I. von der vortheilhaften Seite des Wassers zu reden, so wenden wir uns jetzt zu der nachtheiligen Seite desselben und zwar in specie zum nachtheiligen Lauf des Regenwassers und, als Folge davon, zur Reinigung, Erhaltung und Wiederherstellung der zum Abfluß desselben dienenden Wasserwege und den Erfordernissen der darauf bezüglichen actio aquae pluviae arcendae.

L. 2 de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX, 3) Paulus libr. 49. ad edictum.

§. 1. Apud Labeonem proponitur fossa vetus (esse) agrorum siccandorum causa *nec memoriam exstare*, quando facta est; hanc inferior vicinus non purgabat; sic fiebat, ut ex restagnatione ejus aqua fundo nostro noceret. Dicit igitur Labeo, aquae pluviae arcendae cum inferiore agi posse, ut aut ipse purgaret aut te pateretur in pristinum statum eam redigere.

§. 3. Cassius autem scribit, si qua opera aquae mittendae causa *publica autoritate* facta sint: in aquae pluviae arcendae actionem non venire *in eademque causa esse ea, quorum memoriam vetustas excedit.*

§. 4. Apud Atejum vero relatum est, eam fossam, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit, cogendum esse vicinum purgare, *sive exstet fossae memoria, sive non exstet*, quod et ipso puto probandum.

§. 5. Item Varus ait: aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae dejecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eam reponat vel reponi sinat. *Idemque putat, etsi manufactus fuit neque memoria ejus*

exstaret; quod si exstet, putat aquae pluviae arcendae actione eum teneri. Labeo autem, si manufactus sit agger, etiamsi *memoria ejus non exstat*, agi posse, ut reponatur; nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellet facientem, quod jure facere possit. Quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor, utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est; haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamur.

§. 7. Idem Labeo ait, si in agro tuo aquarum concursus locum excavavit, aquae pluviae arcendae actione agi non posse tecum a vicinis. Plane si *fossam jure factam aut cujus memoria non exstat*, agi tecum posse aquae pluviae arcendae, ut reficias.

L. 23. §. 2 eod. tit. Aggeres juxta flumina in privato facti, in arbitrium aqua pluviae arcendae veniunt, etiamsi trans flumen noceant, *ita si memoria eorum exstet et si fieri non debuerunt.*

Wir haben, um das angedeutete Prinzip der Unvordenklichkeit zu retten, hier wiederum folgende allgemeine Vorausschickungen zu machen. Bei der Entwickelung der Natur der actio aquae pluviae arcendae müssen wir, um von jenem uns vorgesteckten Ziele nicht zu weit abgeführt zu werden, uns auf Andeutung der gewonnenen Resultate beschränken.

Das Verhältniß zwischen einem höher und niedriger liegenden, ländlichen, nachbarlichen Grundstück ist im Allgemeinen das einer natürlichen Dienstbarkeit, kraft welcher das untere Grundstück das vom oberen ihm zuströmende Regenwasser, so wie die durch Regengüsse angeschwollenen Gewässer aufnehmen muß, dafür aber als gewissermaßen

natürliche Entschädigung auch die Fettungen desselben empfängt [1]). Es sind dies aber, wie Savigny [2]) sagt, nur bildliche Bezeichnungen des Verhältnisses; an eine Servitut oder auch nur etwas ihr Nachgebildetes ist hier nicht zu denken.

Diese natürlichen Grundsätze über den Lauf des Regenwassers unterliegen aber verschiedenen wesentlichen Beschränkungen und zwar vorzüglich durch zu Gunsten des oberen oder untern Grundherrn constituirte wirkliche Servituten. Nur wo solche fehlen, entscheidet die Oertlichkeit oder natürliche Lage der Grundstücke [3]). Ist auch keine Servitut bestellt, so entscheidet *vetustas* d. i. nach der oben gegebenen Entwickelung die gewöhnliche praescriptio der Servituten. Die förmliche civilrechtliche Bestellung einer Servitut heißt in diesem Falle lex, unter welcher wir die lex mancipationis des ältern Rechts oder die lex vendendi und traditionis verstehen [4]). Zu dieser Annahme glauben wir uns umsomehr berechtigt, als in der l. 1 cit. gesagt wird: *vetustas,* quae semper pro *lege* habetur. Vetustas aber bedeutet, wie oben erwiesen, wenn es ohne alle weitere Nebenbestimmung steht, die gewöhnliche Ersitzung. Diese vertritt bei Servituten die Stelle rechtlicher Constituirung, pro lege habetur.

---

1) L. 1. §. 22, 23 D. de aqua pluv. (XXXIX, 3).

2) A. a. O. §. 196. not. i.

3) L. 1. cit. pr. In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit, *lex, natura loci, vetustas,* quae semper pro lege habetur minuendarum scilicet litium causa.

4) Elvers, a. a O. S. 72, 76. Cf. l. 17. §. 3. D. de serv. pr. urb. (VIII, 2); l. 29. D. de serv. pr. rust. (VIII, 3). Varro de re rust. II, 2—9. Cic. de or. I. 58. So auch Basiliken lib. 58. tit. 13. Eine genaue Beachtung des Zusammenhangs der l. 1 §. 23 h. t. (39, 3) erweist sonnenklar diese Ansicht.

Das Römische Recht enthält, in Betracht und zum Schutze der landwirthschaftlichen Interessen, ausgedehnte, consequente Bestimmungen und theils allgemeine, theils besondere Rechtsmittel zur Aufrechthaltung der Vorschriften über den Lauf des Regenwassers im weitern Sinne. Zu den generellen Rechtsmitteln gehört zuvörderst die actio negatoria, welche bei städtischen und ländlichen Grundstücken, so es sich um den Tropfenfall (stillicidium) und die Flußströmung (flumen) handelt, actio negatoria generalis de fluminibus et stellicidiis heißt [1]). Ihr zunächst steht das interdictum quod vi aut clam [2]).

Als spezielles Rechtsmittel nennen die Quellen die *actio aquae pluviae arcendae.* Von ihr für unseren Zweck und mit Rücksicht auf unsern Text Folgendes:

1) Die actio aquae pluviae arcendae tritt nur bei ländlichen Grundstücken, beim ager d. h. einem Orte auf dem Lande, auf dem kein Gebäude steht, ein [3]).

2) Sie wird angestellt, sobald das Regenwasser einem solchen Grundstücke zu schaden droht; dient daher, wie die actio damni infecti, ad damnum futurum avertendum [4]).

So wie nun die Römischen Gesetze in der Lehre vom Wasserrecht sich am weitläufigsten da auslassen, wo es sich

---

1) L. 1. §. 17. D. de aqua et aq pluv. (XXXIX. 3) Agi ita poterit: jus non esse flumina, stillicidia immittere Et ideo Labeo et Cascellius ajunt, aquae quidem pluviae arcendae actionem specialem esse, de fluminibus et stillicidiis generalem et ubique agi ea licere. L 13 D. si servitus vindicetur (VIII, 5).

2) L 1. §. 1, 2, 4; l. 3. §. 7, 8; l. 11. §. 4. D. quod vi aut clam (XLIII. 24); l. 15 eod.

3) L. 1 §. 17 D. de aq. et aq. pluv. (XXXIX. 3). Glück Com. Th. 21. S. 407 ff. Schneider in Linde's Zeitschrift Band 5. S. 356. ff. Elvers a. a. O. S. 86.

4) L. 1. cit. §. 1, 13, 15. Dann noch die angef. Schriften.

um Reinigung (purgatio), Wiederherstellung (refectio) und Befestigung (munitio) der verschiedenen Wasserwege handelt; wie sie namentlich rücksichtlich der Quellen, Brunnen, Seen, Teiche, Flüsse, rivi und aquaeductus in dieser Beziehung sehr präcise sind [1]: so geben sie auch da spezielle Vorschriften, wo die Reinigung und Wiederherstellung eines zum Abzuge des Regenwassers dienenden Grabens (fossa [2]) oder Dammes (agger) in Frage steht. Unser Text macht in Beziehung auf diesen singulären Fall mit steter Rücksicht auf die Anstellbarkeit der actio aquae pluviae folgende Unterschiede.

Obgleich weder von dem oberen noch von dem untern Nachbar gefordert werden kann, daß er einen von Wassersgewalt fortgeschlemmten natürlichen Damm wiederherstelle noch einen durch Verstopfung am Abzuge gehinderten natürlichen Graben reinige, so sind beide doch durch die aequitas gehalten, einander, so fern es ohne ihren Nachtheil geschehen kann, im Falle der Bedrohung durch Regenwasser, die Wiederherstellung zu gestatten. Namentlich darf in dieser Weise der untere Nachbar einen ihm nachtheiligen Damm des oberen Nachbars wiederherstellen und hat zu diesem Zweck eine utilis actio aquae pluviae arcendae. „Haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamur.“ Dies ging umsomehr an, als diese Klage actio personalis und,

---

1) L. 1. §. 6, 7, 8, 9 D. de fonte (XLIII, 22); l. 10 eod.; l. 1. §. 5, 6, 14. D. de ripa munienda (XLIII, 15); l. 1. pr. §. 2, 3, 4, 6, 8, 9, 11 D. de rivis (XLIII, 21); l. 3 eod.

2) Aus der nachfolgenden Betrachtung dürfte wohl von selbst einleuchten, daß Unterholzner irriger Ansicht ist, wenn er oben unter ductus aquae einen Abzugsgraben verstand. Cf. noch l. 1. §. 5 ut in flumine publ. (XLIII, 14).

wie alle auf **restitutio arbitratu judicis** gerichteten **actiones**, eine **actio arbitraria** war [1]).

Die Billigkeit hat auch dem oberen Nachbar eine gleiche Befugniß zugestanden [2]).

Ist nun aber durch Werke von Menschenhand (**opus manufactum**) das Verhältniß der beiden Grundstücke ein anderes geworden, so unterliegen auch die aufgestellten Grundsätze nothwendigen Abänderungen.

Ein **opus** construirt, juristisch genommen, nicht nur der, welcher ein neues Werk macht, sondern auch der, welcher ein schon vorhandenes zerstört [3]). Ist nun durch ein solches **opus manu factum** dem Regenwasser eine solche Richtung gegeben, die dem nachbarlichen Grundstück schädlich werden kann, so tritt die **actio aquae pluviae arcendae directa** in folgenden Fällen ein:

1) Wenn der Ort, wo das **opus** errichtet ist, *privati juris* ist.

2) Wenn die Errichtung des **opus** noch im Gedächtnisse der Menschen fortlebt.

Ausgeschlossen aber ist diese Klage:

1) wenn der Ort, auf welchem das **opus** sich befindet, **publici juris** ist [4]);

2) wenn das **opus agri colendi causa** gemacht worden ist [5]);

3) wenn die Vorrichtung **consentiente domino vicino** getroffen ist [6]);

---

1) L. 6. §. 5. D. h. t. (XXXIX, 3).

2) L. 2. §. 6 eod.

3) L. 1. §. 22; l. 3. §. 2 eod. Vgl. die oben angeführten Schriften.

4) L. 3. §. 3. h. t. (XXXIX, 3); l. 78. eod.

5) Vgl. hierüber: Schneider a. a. O. S. 359 ff.; Elvers a. a. O. S. 67.

6) L. 23. §. 2; l. 2. §. 6; l. 19, 20 h. t. (XXXIX, 3).

4) wenn die Anlage publica auctoritate gemacht oder endlich:

5) eine solche ist, cujus memoria non exstat.

Aus diesen Bestimmungen des Röm. Rechts läßt sich das von uns aufgestellte Prinzip der Unvordenklichkeit abermals rechtfertigen.

Das Verhältniß der nachbarl'chen Grundstücke zu einander im Allgemeinen war — um dies hier noch einmal kurz zu erwähnen — durch lex, natura loci und vetustas geregelt. Unvordenklichkeit trat hier nicht ein.

Nur nach einer Seite hin wurde auch hier als Bedürfniß derselben fühlbar; da nämlich, wo — ähnlich wie bei dem aquaeductus — eine zum Lauf des Wassers dienende Anstalt Gegenstand richterlicher Untersuchung wurde. Hier äußerte sich ihre Wirksamkeit in folgender Weise.

Die actio aquae pluviae arcendae zum Zweck der restitutio oder purgatio operis manufacti hat nur Statt, wann das opus *in privatorum agris* gemacht ist. Den Grund hiervon geben uns die Quellen selbst an. Die eigentliche actio aquae pluviae arcendae, als eine actio legitima [1]) stand nur dem Eigenthümer des bedrohten ländlichen Grundstücks und zwar gegen den Eigenthümer des widerrechtlich unternommenen Werks zu [2]). Später dehnte man dies auch auf den Emphyteuta aus; selbst dem Usufruktuar wurde als quasi dominus eine prätorische utilis aquae pluviae arcendae actio gegeben [3]).

---

1) L. 22. §. 2. D. h. t. (XXXIX, 3).

2) L. 3. §. 4. D. eod; l 4. §. 2: idem Julianus scribit aquae pluviae arcendae actionem *non nisi cum domino esse*; l. 18. pr. eod. Si in publico opus factum est, quo aqua publica noceret, agi non potest; — *causa ejus rei haec est, quod ea actione non tenetur, nisi dominus solus.*

3) L. 3. §. 4; l. 22 pr.; l. 23 §. 1 eod.

Wo kein Eigenthümer Beklagter sein konnte, da fiel daher die Klage von selbst weg. Welches aber sind die Fälle, wo uns kein Eigenthümer gegenübersteht? Diejenigen, bei denen das fragliche opus publici juris ist. Hierzu zählen wir die opera, quae publica auctoritate oder in agro publico gemacht sind, so wie auch die, welche zum Behufe des Landbaues, zur allgemeinen Sicherung der Erndte unternommen sind [1]). Indem nämlich solche des allgemeinen Bestens halber getroffenen Anstalten unter besonderem Schutze und außer jeder Beschränkung stehen sollen, darf gegen sie von Niemanden eine Beschwerde erhoben werden, selbst wenn durch sie der Lauf des Regenwassers zum Nachtheil eines Grundstücks gehemmt oder geändert wird. Sie erfreuten sich, wie die Aquädukte, des Prätörischen Interdictenschutzes [2]).

Solche opera publica auctoritate facta konnten, ebenso wie die Wasserleitungen aus einem öffentlichen Aquädukt, nur *principis aut senatus jussu aut lege eorum, qui primi agros constituerunt*, also jedenfalls nur durch eine *concessio* oder *lex specialis*, ein *privilegium* im engern Sinne, von Privaten errichtet werden [3]).

In den Schriften der Agrimensoren finden wir dieses Verleihungsrecht des Kaisers auch in anderer Weise anerkannt [4]).

---

1) Man s. außer den oben cit. Stellen noch l. 1. §. 3, 7, 15 h. t. (XXXIX 3).

2) Tit. D. ne quid in loco publico (XLIII, 8).

3) L. 18. §. 1; l. 23. pr. h. t.

4) Sicul. Flaccus de condit. agr. p. 16 (in Goesius cit.): qualescunque enim formae agrorum fuerint, si ambiguatur de earum fide, ad *sanctuarium principis* revertendum erit.

Ibid. Hic tamen quicquid instituerunt, curandum erit, ut fide publica aestimetur. Quod si quis contradicat, *sanctuarium Caesaris respici solet.*

Zweifel aber dürfte noch darüber bleiben, wer denn die gewesen sind, qui primi agros constituerunt und was für eine lex es wohl war, auf welche man sich in unserm Falle berufen haben mag? Für unsern Zweck könnte die Lösung dieser Fragen insofern überflüssig scheinen, als wir nur zu beweisen haben, daß zur Errichtung einer Anstalt auf öffentlichem Grund und Boden es einer concessio des Kaisers oder des Senats, oder einer lex derer, qui primi agros constituerunt, bedurfte, dieses aber durch die Justinianischen Rechtssammlungen außer allem Zweifel gesetzt ist. Indeß scheint uns einestheils eben jene Untersuchung hier nicht am unrechten Orte zu sein; anderntheils aber nimmt sie wegen der Streitigkeit des Gegenstandes unser volles Interesse in Anspruch.

Vielfach hat man hier unter denen, qui primi agros constituerunt, Diejenigen verstanden, welche sich mit der Absonderung aller dem Römischen Staat unterworfenen Liegenschaften als Privateigenthum vom Gemeingut und mit der Festsetzung der Grenzen durch mathematisch bestimmte Größen befassten; also in älterer Zeit die Augurn und in späterer Zeit die Feldmesser [1]). Diese Ansicht aber ist nicht gut haltbar; denn theils ist sie zu allgemein, weil der vorliegende Fall sich nur auf ländliche Grundstücke erstreckt; theils aber würde auf dieses Geschäft der Limitation der Ausdruck „*agros* constituerunt" nicht passen, den wir auch nirgends hierfür finden. Ein wichtiger Grund gegen diese Ansicht dürfte noch der sein, daß die limitatores den einzeln agris keine leges gaben, sich vielmehr mit der bloßen Absonderung vom Gesammtland begnügten und die Vertheilung der Assignationen durch das Loos geschehen

1) Niebuhr, Röm. Geschichte. 2te Aufl. II. 697 ff.

ließen [1]). Die Schriften der Agrimensoren wissen von leges in dieser Weise kein Wort.

Wir glauben, daß der Ausdruck: qui primi agros constituerunt, auf die zu beziehen ist, qui veteranos deduxerunt; und zwar aus folgenden Gründen. Mochten die Colonien da gegründet werden, wo erst Orte neu zu erbauen waren oder mochten sich die Colonen als Ansiedler in schon bestehenden Ortschaften niederlassen: es wurde ihnen meistentheils Land statt Sold und Verpflegung zugetheilt [2]). Es gingen daher zu diesem Zwecke der jedesmaligen Abführung der Colonie leges agrariae über Anzahl, Größe und Vertheilung der agri voraus [3]). Waren die Colonen an ihrem Bestimmungsort angekommen, so wurde der ager lege ita definitus durch den Pflug abgefurcht (aratro circumscribebatur) und den einzelnen Colonen unter bestimmten speziellen Vorschriften (*legibus*) agri pars adsignirt [4]). Wem diese Vertheilung oblag, wer überhaupt die Colonien wegzuführen hatte, darüber gab es keine bestimmten und zu allen Zeiten gleiche Vorschriften [5]).

Diese Annahme, gemäß welcher wir unter den primi agrorum constitutores die conditores coloniarum und unter den legibus die bei der Ländervertheilung den einzelnen Aeckern gegebenen leges verstehen, tritt nicht nur klar zu Tage in vielen allgemeinen Aeußerungen der scriptores

---

1) Niebuhr, a. a. O. S. 706.

2) Das. S. 48 ff.

3) C. Sigon de antiquo jure Ital. II. 2. p. 625.

4) Cic. Philipp. II. 40. Appian. de bello civ. III. p. 552. Liv. IV. 47. XXXVII, 57. Cic. Agr. II, 12. Plutarch. Gracch. Tom. I. p. 839; Rom. Quaest. XXIV. Vita Romuli p. 23.

5) Liv. IV, 2. VIII, 16. Cicero Agr. II, 12, 13, 35.

rei agrariae [1]), sondern auch in den speziell in unsern Text einschlagenden Aeußerungen derselben, aus welchen letzteren auch noch hervorgeht, daß, so oft post legem datam eine Veränderung mit einem ager vorging, diese nur kraft kaiserlichen Beschlusses haltbar war [2]).

Mit Rücksicht auf unsern Text ersehen wir aus ihnen noch besonders, daß bei den legibus datis die Rücksicht auf opera publica auctoritate vorherrschend war und daß jene in engerem Zusammenhange mit der Lehre von der aquae pluviae arcendae actione und der Unvordenklichkeit stehen [3]).

---

1) Goes. cit. p. 28. proximum fuit, quod auctores curarent, ut ex professione veterum possessorum descriptinem agrorum instituerent. Si quid autem juris esset ambigui — conditorum fuit, omne id dijudicare.

Hyginus de limitib. constit. p. 206 (in Goes. cit.) Divisi et assignati agri sunt, qui veteranis aliisve personis per centurias *certo modo adscripti aut dati sunt* aut redditi veteribus possessoribus commutatique prosuis sunt. *Hi agri leges accipiunt ab his, qui veteranos deducunt* et ita *propriam observationem eorum lex data praestat in his agris.*

Idem de condit. agr. (das.) S. 205. *Vetustas* tamen *longi temporis* plerumque paene similem reddidit occupatorum agrorum conditionem; *verumtamen universi paruerunt legibus, quas a conditoribus suis acceperunt.*

Julius Frontinus bedient sich in seiner Abhandlung: *de coloniis* ex comm. Claudi Caesaris libellus (in Goes. cit.) durchgängig der Bezeichnungen: *ager ea lege assignatur, continetur, servatur, finitur* und macht dann auch viele leges namhaft, kraft welcher einzelne agri behauptet wurden.

2) Hygin. l. c.: Ergo omnium *coloniarum leges semper respiciendae erunt.* Itemque exquirendum, numquid *post legem datam* aliquid, ut supra dixi, *commentariis aut epistolis aut edictis adjectum est aut ablatum.*

3) Sic. Flacc. de cond. agr. p. 18 (in Goesius cit.) *Ideo*

Um nun zu unserm Text zurückzukehren, so hatten die, welche vermöge einer solchen lex conditorum agrorum oder vermöge einer Concession des princeps oder senatus ein

---

vero auctores divisionis assignationisque *leges quasdam colonis describunt*, ut qui agri delubris sepulcrisve publicis, qui sali(s), itineri(s), viae, actus, ambitus ductusque aquarum, qui *publicis utilitatibus* servierint *ad id usque tempus*, quo agri divisiones fierent, in eadem conditione essent, qua ante fuerant; nec quicquam utilitatibus publicis derogaverunt.

Hygin. de cond. agr. p. 354 (l. c.) Quicquid agri delubris etc. — — *publicis utilitatibus* ante hanc legem latam servierit, eodem jure eademque conditione, qua olim fuit, maneto.

Idem p. 208. Illud vero observandum, quod semper auctores divisionum sanxerunt, uti quaecunque loca sacra, sepulcra, delubra, viae publicae vicinalesque, fontes, *fossae publicae, vicinales,* item si qua compascua, quamvis agri dividerentur, ex omnibus ejusdem conditionibus essent, cujus ante fuissent.

Idem pag. 339 (Legis Maniliae c. 44) Qui limites decumani, qui *hac lege* deducti erant, *quaecunque fossae* in eo agro erunt, qui ager *hac lege datus assignatus erit*, ne quis eos limites decumanos obsepito neque quid in eis immolitum neve quid ibi positum habeto, neve eos arato neve *eas fossas* obturato, neve quis sepito, quo minus suo itinere *aqua ire, fluere possit.*

Derselbe bemerkt (p. 146) zu unserem Texte: *Leges autem eae, quae conditionibus agrorum dictae, non sunt aliae, quam quae in coloniarum deductione territorio a conditoribus sunt scriptae.*

Nic. Rigaltius bemerkt in seinen observatt. et notae p. 212 (in Goes. cit.) zu unserem Text (s. v. conditiones agrorum). In hac finium regundorum disciplina conditores dicuntur, qui primi agros constituerunt, ut loquitur Paulus l. 23 de aqua et aquae pluv.; *quorum autoritate coloniae sunt deductae quique iis leges et conditiones,* hoc est qualitates pro arbitrio statuerunt. Unde in istis libris frequenter occurrent: conditorum voluntas, conditorum nomina, conditoris arbitrium et conditiones regionum, conditiones viarum, *conditiones fossarum* et hujusmodi alia.

opus publicae autoritatis veranstaltet hatten, im Falle durch dasselbe das nachbarliche Grundstück bedroht würde, die actio aquae pluviae arcendae nicht zu fürchten.

Ihnen wurden die gleichgestellt, deren bedrohendes opus ein solches war, *cujus memoria non exstat* [1]).

Wir dürfen demnach abermals die Behauptung aufstellen:

Unvordenklichkeit steht einer lex specialis gleich!

III.

L. 3. D. de locis et itineribus publicis (XLIII, 7) Ulp. libr. 33. ad Sabinum.

Viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, *quarum memoria non exstat*, publicarum viarum numero sunt.

Die in dieser Stelle ausgedrückte gesetzliche Bestimmung hat große Aehnlichkeit mit dem Inhalt der sub I entwickelten l. 3. §. 4. de aq. quot. et aest. (XLIII, 20). Dort nämlich sprachen wir von öffentlichen Aquädukten im Gegensatz zu Privatwasserleitungen; hier tritt uns der Gegensatz von viae publicae und privatae entgegen. Hier, ähnlich wie dort, haben wir via als Servitut, als Wegegerechtigkeit, und via, als den concreten Begriff des Wegs, der Straße auseinanderzuhalten.

Die mehrfach angeführten Quellen nennen drei Arten der Wege, viae publicae, privatae und vicinales [2]). Die

---

1) Man vgl. außer dem Texte noch: l. 6. C. de serv. et aqua (III, 34); l. 6. D. quod cujuscunque univ. (III, 14); l. 13. §. 1. comm. praed. (VIII, 4); l. 3. §. 4. quod vi aut clam (XLIII, 24).

2) L. 2 §. 22 ne quid in loco publico (XLIII, 8). Viarum quaedam publicae sunt, quaedam privatae, quaedam vicinales.

Privatwege d. h. diejenigen, welche auf Privatboden angelegt sind [1]), sind entweder solche, auf denen das jus eundi agendique kraft der Prädialservitut via zusteht, also absolut privatrechtlicher Natur [2]); oder solche, auf denen das jus eundi agendique, gleichsam kraft einer natürlichen Servitut, ein gemeines Recht Aller ist und die gewöhnlich von den Heerstraßen aus ad agros ducunt [3]).

Viae publicae dagegen sind die auf öffentlichem Grund und Boden angelegten Wege [4]).

Außer diesen beiden Arten, gab es noch eine dritte, zwischen diesen gleichsam in der Mitte liegende Klasse von Wegen, die sogenannten viae vicinales (Polizeiwege, chemins voisinaux, chemins de traverse) d. h., um Ulpians Worte zu gebrauchen, die, quae in vicis sunt vel quae in vicos ducunt [5]).

Vorzüglich waren es nun die öffentlichen Wege, die, wie alle den öffentlichen Nutzen bezweckende Anstalten,

---

Publicas vias dicimus, quas Graeci βασιλικὰς i. e. regias, nostri praetorias, alii consulares vias appellant. Privatae sunt, quas agrarias quidam dicunt. Vicinales sunt viae, quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt.

Siculus Flaccus l. c. p. 3, 9 seq.

1) L. 2. §. 21 eod. (XLIII, 8).

2) §. 23 eod. Siculus Flaccus l. c. p. 9 et 10. Ad omnes autem agros semper iter liberum est, nam aliquando deficientibus viis vicinalibus *per agros alienos iter praestatur. Et aquarum ductus solent per alienos agros hoc jure transmittere.*

Itaque, ut diximus, viae saepe necessariae per alienos agros transeunt, *quae non universo populo itinera praestare videntur, sed iis, ad quorum onera et iis ad quorum agros per eas vias pervenire necesse est.*

3) §. 23 cit.

4) L. 2. §. 21 cit.

5) §. 23 eod.

die Sorge der Verwaltungsbehörden in Anspruch nahmen. Während man, wie oben angeführt, Wasserleitungen aus einem öffentlichen Aquädukte, als das allgemeine Beste beeinträchtigend, möchlichst selten zu gestatten suchte, strebte man die öffentlichen Wege nach Kräften zu vermehren und fand hierin den schönsten Ruhm [1]). Daraus erklären sich dann auch die vielen in den Justinianischen Rechtssammlungen uns aufbewahrten prohibitorischen und imperatorischen Bestimmungen über die viae publicae [2]), in denen aber stets eine schonende Berücksichtigung der Privatinteressen vorwaltet.

Diese leitenden Grundsätze sind daher namentlich genau befolgt bei den Communalwegen und unser Text enthält über sie in dieser Weise eine singuläre Bestimmung, die bei städtischen Wegen gewiß darum weniger anwendbar war, weil die geregeltere Straßenordnung der Städte einen Zweifel über die Oeffentlichkeit eines Wegs nicht so leicht aufkommen läßt [3]).

Die viae vicinales waren nun theils publicae, theils privatae [4]). Die Natur der Privatwege haben sie dann, wann sie — in Form eines zusammenhängenden Weges — durch die Besitzungen Dritter, welche diese freiwillig hergegeben haben, führen und daher auch von eben diesen Ein-

---

1) I. G. Graevius, antiquitates Romanae. Tom. X. p. 74, 75. Utilitas et commoda, quae bono publico afferebant viae publicae — tanti a S. P. Q. R. fiebant, ut nullum sit operis publici genus, cujus auctoritas sit major benevolentia.

Alterum honoris genus erant arcus triumphales, quos S. P. Q. R. publice decernebat in honorem imperatorum, qui fecerant aut refecerant vias publicas.

2) Man vgl. tit. D. XLIII 7, 8, 9, 10, 11.

3) v. Savigny a. a. O. § 196. not. c.

4) L. 2. §. 22. h. t. (XLIII, 8).

zelnen aufgehoben oder verschlossen werden können [1]). Regel war daher: viae vicinales, ex agris privatorum collatis factae, privatae sunt. Von dieser Regel gab es jedoch folgende zwei Abweichungen:

1) Wird ein Communalweg ex collatione privatorum, im Falle er zerstört ist, wiederhergestellt, so ist er, trotzdem die *refectio* ex agris privatorum collatis geschehen ist, nicht schlechthin ein Privatweg, weil die Wiederherstellung auf allgemeine Kosten auch zum allgemeinen Nutzen geschieht [2]).

2) Ist ein Communalweg ex agris privatorum collatis gemacht, dabei aber so alt, daß der Anfang der Anlegung desselben über menschliches Gedenken hinausreicht, so ist er in der Zahl der öffentlichen Wege [3]).

Der Grund dieser zweiten Ausnahme ergibt sich, vergleicht man unsern Text mit den vorher entwickelten beiden Stellen des Röm. Rechts, von selbst. Privatinteressen wollte man dadurch nicht gern verletzen, daß man einen von Privaten willkürlich eröffneten Landweg dem allgemeinen Ge-

---

1) L. 2. §. 22 cit. „Si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est.“ Sic. Flac. l. c. Itaque, ut diximus, viae saepe necessariae per alienos agros transeunt, quae non universo populo itinera praestare videntur, sed eis, ad quorum onera et eis, ad quorum agros per eas vias pervenire necesse est. Hae ergo de vicinalibus solent nasci.

2) §. 22. cit. i. f. — aliter atque si ex collatione privatorum reficiatur, *non utique privata est; refectio enim idcirco de communi fit, quia usum utilitatemque* communem habet.

Sic. Flac. l. c. Nam et communes viae ex vicinalibus nascuntur, quae aliquando inter vicinos possessores in extremis finibus pari modo sumtu, communique impensa iter praestant.

3) S. den Text.

brauch überließ und ihn so in die Reihe der öffentlichen Wege stellte.

War aber dieser Communalweg der öffentlichen Benutzung schon so lange Zeit unterworfen, daß sich Niemand mehr erinnern konnte, wann eigentlich die collatio ex privatorum agris angefangen, so wurde der fragliche Weg einer via publica gleichgeachtet.

Zu einem öffentlichen Wege konnte eine via nur durch eine besondere Erklärung, eine spezielle lex dessen, der das „jus publicandi" hatte, gemacht werden[1]). Kraft der Plenipotenz stand dies Recht gewiß dem Kaiser zu, wofür auch die Analogie der sub I und II gegebenen Grundsätze und ähnliche gesetzliche Bestimmungen sprechen[2]). In den Städten hatten es die Aedilen oder auch andere obrigkeitliche Personen[3]). In den Landgemeinden lag es wahrscheinlich im officio der magistri pagorum[4]), oder, wie sub II, derjenigen, qui primi agros constituerunt[5]).

---

1) L. 2. §. 21. i. f. cit. — viae autem publicae solum publicum est, relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo, *qui jus publicandi habuit*, *ut ea publice iretur commearetur.*

2) L. 2. cit. §. 16.

3) Cf. tit. D. de via publica et si quid in ea factum (XLIII, 10); l. 2. cit. §. 24. Hoc interdictum tantum ad vias rusticas pertinet, ad urbicas vero non; harum enim cura pertinet ad magistratus. §. 25. eod.

4) Sic. Flacc. l. c. pag. 9. Vicinales autem viae de publicis quae divertuntur in agros et saepe ad alteras publicas perveniunt, aliter muniunter *per magistros pagorum*, qui operas a possessoribus ad eas tuendas exigere soliti sunt aut, ut comperimus, unicuique possessori per singulos agros certa spatia assignantur, quae suis impensis tuentur. —

5) Graevius l. c. Tom. X. pag. 396. Viarum vicinalium (chemins voisinaux ou chemins de traverse) duae sunt species.

Wir ziehen daher hier wiederum den Schluß:

Vicinalwege, bei welchen der Anfang der collatio agrorum so entfernt liegt, daß er allem menschlichen Gedächtniß entschwunden ist, werden den viis publicis gleichgeachtet, die dieses durch spezielle Publication geworden sind.

Unvordenkliche Zeit also vertritt auch hier die Stelle einer lex specialis!

Reassumiren wir zum Schlusse die verschiedenen singulären Bestimmungen des Römischen Rechts über unvordenkliche Zeit, so dürften sie sich wohl unter folgenden allgemeinen Gesichtspunkt bringen lassen:

Die unvordenkliche Zeit ist im Römischen Recht juris publici. Ihre eigenthümliche Kraft ist hier aus dem Be-

---

Quaedam enim viarum publicarum habent formam, quaedam privatorum. Illae, quae formam publicarum habent, duobus modis differunt. Aliae enim hoc commune cum publicis habent, *quod in solo factae sint publico per eos, qui primi agros prata, saltus, paludes incolis diviserunt.* Colligimus hoc ex Ulpiani verbis l. 22. (XLIII. 8).

Has quoque vicinales publicas esse quidam dicunt, quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est. Aliae autem primo quidem ex agris privatorum collatis factae sunt, sed quae collatis adeo est antiqua, *ut ejus non exstet memoria.*

Viae autem vicinales privatae sunt, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, *quarum exstat adhuc memoria.* In his tamen ipsis hoc cum publicis commune est, quod licet earum solum sit privatum, nihilominus usum utilitatemque communem et publicam habent.

streben entsprungen, das strictum jus mit der aequitas in solchen Fällen auszugleichen, die auf schmaler Grenze zwischen jus publicum und privatum liegen. Durch tempus immemoriale werden dem öffentlichen Recht solche Verhältnisse einverleibt, die ihre Analogien im Privatrecht haben. Dem aquaeductus privatus steht der aquaeductus publicus, der fossa privata die fossa publica [1]), der via privata (im engsten Sinne) die via publica gegenüber. In dem Maaße aber die Verhältnisse selbst unter sich einen Gegensatz bilden, in demselben Maaße divergiren auch die Requisite ihrer Entstehung und beziehungsweise ihres Untergangs. Von einer Aehnlichkeit der Verjährung dieser privatrechtlichen Verhältnisse und der unvordenklichen Zeit bei öffentlichen Beziehungen kann daher nur insofern gesprochen werden, als beide Rechtsinstitute, Verjährung und unvordenkliche Zeit, Stellvertreter anderer gesetzlicher Erfordernisse sind. Der oben angegebene charakteristische Unterschied beider, die Verschiedenheit des Prinzips, das beiden Verhältnissen zu Grunde liegt, läßt sich nicht wegleugnen. Und je umfassender die Wirksamkeit der Verjährung, je beschränkter die Zahl der Verhältnisse ist, in welche die unvordenkliche Zeit eingreift, desto eher glauben wir das aus den singulären Gesetzesstellen, die sich auf tempus immemoriale beziehen, gewonnene Prinzip festhalten zu dürfen.

Daß dieses Prinzip auch in den Bestimmungen des canonischen und Deutschen Rechts über die unvordenkliche Zeit befolgt ist, werden wir demnächst in dem zweiten Theil dieser Abhandlung nachzuweisen versuchen.

---

1) L. 1. §. 6 ut in flumine publico (XLIII, 14).

Druckfehler.

Die nachstehenden Druckfehler bittet der Verfasser mit seiner Entfernung vom Druckort zu entschuldigen.

Seite 5 Z. 19 v. o. statt entschiedene lies entschiedenen.
— 5 – 24 v. o. — verschiedenen lies verschiedene.
— 5 Not. 2 Z. 2 v. o statt ex lies x.
— 7 Z. 2 v. o. statt ex lies x.
— 7 — 3 v. o. — ex — x.
— 30 — 1 v. o. — *Pessinger* lies *Pfessinger*.
— 33 — 2 v. o — oncedenda lies concedenda.
— 33 — 4 v. o. — vetuntas lies vetustas.
— 37 — 13 v. o. — statthaben lies statthabe.
— 40 — 9 v. o. — angemessenen lies angemessene.
— 42 — 14 v. o. — Reichsstaatrecht lies Rechtsstaatsrecht.
— 44 — 1 v. o — Lehnsverhältnisse lies Lehensverhältnisse.
— 44 — 31 v. o. — eam lies id.
— 100 Not. 5 Z. 10 v. o. statt collatis lies collatio.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Friedländer, Alexander,

Die Lehre von der unvordenklichen Zeit eine von der Juristen-Fakultät zu Heidelberg gekrönte Preisschrift

Bd.: 1

Marburg 1843

J.rom.m. 458 m#Beibd.1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567087-7